Ueber die Besitzvererbung.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Bambach

aus Runowo (Kreis Wirsitz)

Referendar in Berlin.

Approbiert am 5. Dezember 1907.

ACAD
LIBRARY
BERL

Berlin 1907.

Druck von Wilhelm Pilz, N.O. 18, Landsberger Strasse 108.

38

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinem Vater

und dem Andenken meiner Mutter.

Literaturverzeichnis.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880.

Bendix, Besitzlehre nach dem B.G.B., abgedruckt im „Recht" Bd. 4 S. 45 ff.

Biermann, B.G.B., Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem B.G B., I. Teil 1901, II. Teil 1903, III. Teil 1905.

Binding, Deutsches Strafrecht, 2. Aufl. 1904.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Bunsen, Einführung in das B.G.B., Rostock 1897.

Cosack, Der Besitz des Erben, Weimar 1877.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1901.

Crome, B.G.B., Sachenrecht, 1905.

Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Dernburg, Pandekten, 5. Aufl.

— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts.

— Das Bürgerliche Recht, Bd. 3 3. Aufl. 1904.

Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des B.G.B., Sachenrecht, 8. Aufl. 1905.

Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1 von Lehmann, 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 6. Aufl. 1904.

Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl.

Habicht, Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. 1900.

Heusler, Die Gewere, 1872.

Huber, Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 1897.

v. Ihering, Besitzwille, Jena 1889.

— Ueber den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869.

— Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1882.

Kniep, Der Besitz des B.G.B., 1901.

Kretschmar, Das B.G.B., Sachenrecht, 1906.

Kuhlenbeck, Das B.G.B., 1899.

— Von den Pandekten bis zum B.G.B.

Lobe, Ueber den Einfluss des B.G.B. auf das Strafrecht, 1898.

Männer, Carl, Das Recht der Grundstücke, 1899.

Mathias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1899.
Meissner, Kommentar zum B.G.B., Sachenrecht, 1901.
Niedner, Das Einführungsgesetz zum B.G.B., 1899.
Olshausen, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1901.
Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, 1899.
Planck, B.G.B., III. Sachenrecht, 1906.
— B.G.B., Einführungsgesetz, 1905.
Preiser, Die Vererblichkeit des Besitzes nach Preussischem Recht, Dissertation, Breslau 1892.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, 1906.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl.
Scherer, Sachenrecht des B.G.B., 1899.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B., III. Sachenrecht v. Kober, 1906.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts von Lehmann, 3. Aufl.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B., abgedruckt in Iherings Jahrbüchern Bd. 38, 1898.
— Das deutsche Erbrecht, 1904.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. 1 Sachenrecht des B.G.B., 1906.
Windscheidt, Das Pandektenrecht unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Theodor Kipp, 9. Aufl.
Graf A. Wartensleben, Die Besitzvererbung, Dissertation, 1899.
ach ariae, Französisches Zivilrecht, 7. Aufl.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Standpunkt der Wissenschaft und der Kodifikationen bis zum B.G.B.

§ 1. 1. Die prinzipielle Nichtvererblichkeit des Besitzes im römischen Recht 9
§ 2. 2. Die Vererblichkeit des Besitzes im deutschen Recht 12
§ 3. 3. Der Erbbesitz in der romanistischen Wissenschaft 14
§ 4. 4. Die Vererblichkeit des Besitzes im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten 16
§ 5. 5. Deutsche und ausserdeutsche Kodifikationen in ihrer Stellung zur Besitzvererbung 19

II. Die Vorarbeiten zum B.G.B. und das B.G.B.

§ 6. A. Die Nichtvererblichkeit des Besitzes im ersten Entwurf zum B.G.B. 21
B. Das Prinzip der Vererblichkeit des Besitzes im B.G.B. . . . 25
§ 7. 1. Allgemeines über den Begriff des Besitzes im B.G.B. . . 25
§ 8. 2. Die Bedeutung des § 857 30
3. Einschränkung des Prinzips der Vererblichkeit des Besitzes 34
§ 9. a) Beim unmittelbaren Besitz 34
§ 10. b) Beim mittelbaren Besitz 39
§ 11. c) Im Falle des § 1090 (beschränkt persönliche Dienstbarkeit) 41
§ 12. 4. Anwendbarkeit des § 857 im Falle der Nacherbfolge . . 42
§ 13. 5. Anwendbarkeit des § 857 im Falle der Nachberufung und der Erbeinsetzung eines nosciturus 44
§ 14. 6. Analoge Anwendung des § 857 beim Anfall des Vermögens eines Vereins oder einer Stiftung an den Fiskus . . . 47
§ 15. 7. Die Bedeutungslosigkeit des § 857 für das Strafrecht . . 47
8. Die Folgen des § 857: 49
§ 16. a) Fortsetzung der vom Erblasser begonnenen Ersitzung 49
§ 17. b) Der Rechtsschutz des Besitzes des Erben 51
§ 18. c) Der Erbbesitz als Voraussetzung gegen den Erben gerichteter Ansprüche 54
§ 19. 9. Uebergangsvorschriften 55

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0125

I. Standpunkt der Wissenschaft und der Kodifikationen bis zum B.G.B.

§ 1.

1. Die prinzipielle Nichtvererblichkeit des Besitzes im römischen Recht.

Im römischen Recht wurde grundsätzlich eine Vererblichkeit des Besitzes nicht anerkannt. Es hängt dies mit der Begriffsbestimmung des Besitzes zusammen, die sich in der römischen Jurisprudenz gebildet hatte: Besitz war ein factum, folglich eine Sukzession in einem tatsächlichen Zustand, und so auch eine Vererblichkeit des Besitzes nicht denkbar. Zwar wird der Besitz in den römischen Quellen bald als res iuris, bald als res facti bezeichnet und in der gemeinrechtlichen Theorie herrscht über das Wesen des Besitzes Streit; doch dürfte für das römische Recht der Begriff des Besitzes als factum grundlegend gewesen sein. Wenn auch das objektive Recht an den Besitz Rechtsfolgen knüpfte, und er hierdurch zu einer res iuris wurde, so war er seinem Wesen nach doch ein „factum", ein tatsächlicher Zustand.[1])

Es bedurfte also für den Erben einer besonderen körperlichen Besitzergreifung der Erbschaftsgegenstände, um an ihnen Besitz und die Rechte eines Besitzers zu erlangen. Demgemäss heisst es in l. 23 pr. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2: cum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen insi naturaliter comprehensa ad nos pertinet. Der Nachlass war also von dem Augenblicke des Todes des Erblassers an bis zu dem Zeitpunkte, in dem der Erbe

---

[1]) Savigny, Das Recht des Besitzes, VII. Aufl, Wien 1865, S. 26.

die Nachlassgegenstände in Besitz nahm, besitzlos und unberechtigten Eingriffen Dritter preisgegeben. Standen hiergegen dem Erben nun nicht die possessorischen Interdikte zur Seite, so suchte ihn die Rechtsordnung doch in anderer Weise zu schützen. Er erhielt die restitutorische hereditatis petitio, mit der er den Nachlass vindizieren und sich so in den Besitz der einzelnen Nachlassgegenstände setzen konnte. Gegen einen Legatar, der sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Gegenstände gesetzt hatte, erhielt der Erbe das interdictum quod legatorum auf Rückerstattung. Endlich konnte der Erbe, der in einem äusserlich fehlerfreien Testament eingesetzt war, Einweisung in den Nachlass verlangen durch die sog. missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo.

Ein besonderer Schutz wurde dem Erben hinsichtlich des Usukapionsbesitzes gewährt. Es wurde nämlich die vom Erblasser begonnene Ersitzung vom Erben fortgesetzt und sie konnte sogar zu seinen Gunsten vollendet werden, ehe er den Nachlass apprehendiert, ja sogar, bevor er die Erbschaft überhaupt angetreten hatte.[2])

Hiernach scheint es, als ob sich der Usukapionsbesitz im römischen Recht vererbt habe, der Interdiktinbesitz aber nicht.[3]) Praktisch freilich stand, wie Ihering[4]) sagt, die Sache ganz ebenso, als ob der Besitz in jedem Falle fortdauerte „und lediglich das theoretische Interesse der Aufrechterhaltung des hergebrachten Besitzesbegriffs war es, welches die römischen Juristen abhielt, den Besitz während der Erbschaft fortdauern und mit Antretung derselben auf den Erben übergehen zu lassen".

Von dem Erfordernis einer besonderen Besitzergreifung wurde abgesehen[5]) bei den sui et necessarii heredes, die mit dem verstorbenen Hausvater zusammen-

---

[2]) l. 30, D. ex quibus causis maioribus 4, 6.

[3]) Siehe Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880, S. 289.

[4]) Ihering, Der Besitzwille, Jena 1889, S. 32.

[5]) Binder, S. 46, Anm. 35.

wohnten. Ebenso wie es beim Erbschaftsantritt keiner besonderen Willenserklärung bedurfte, um die sui zu Erben zu machen, so traten sie auch mit dem Tode des Erblassers sofort in den Besitz der Erbschaftssachen. Es erklärt sich dies daraus, dass die sui et necessarii heredes doch gewöhnlich beim Tode des pater familias im Sterbehause waren und sich daher schon tatsächlich im Besitz der Erbschaftsgegenstände befanden. Infolgedessen war eine besondere Besitzergreifung für sie ganz unnötig. Diese besondere Besitzergreifungshandlung der Erbschaftsgegenstände blieb aber auch nur den im Hause anwesenden sui heredes erspart; die extranei und die nicht im Hause anwesenden sui genossen diese Vergünstigung nicht. Sie mussten besonders apprehendieren, da sonst infolge der usucapio pro herede die Erbschaftsgegenstände von jedem Dritten usukapiert werden konnten. Bei den im Hause anwesenden sui et necessarii heredes vollzog sich eben nur, wie bei der brevi manu traditio, eine Verwandlung der Detention in juristischen Besitz.[6])

Auch der Besitz von Rechten überträgt sich unter Umständen unmittelbar auf den Erben, ohne dass er die Rechte erst faktisch — durch Ausübung — in Besitz zu nehmen braucht. So ging der Besitz bei einer Prädialservitut auf den neuen Erwerber — mag der Erwerb der Servitut infolge Rechtsgeschäfts unter Lebenden oder infolge Erbgangs sich vollziehn — ganz unabhängig von der Ausübung bereits mit Uebertragung des herrschenden Grundstücks über.[7]) Der Grund dafür dürfte aber nicht in der Vererblichkeit des Besitzes zu suchen sein, sondern in der abstrakten Erfassung des Subjekts der Prädialservitut und damit der Identität desselben bei Wechsel der physischen Personen. Wie dieser Gesichtspunkt bei allen Rechtsfragen der Prädialservitut massgebend war, so war

---

[6]) Vgl. Ihering, Besitzwille, S. 68, 140 ff; Kniep S. 175; Binder S. 46, 35; Savigny § 28 S. 285.

[7]) Vgl. l. 30 §§ 6—10 D. de itin. 43, 19; l. 1 § 37 D. de aqua 43, 20; l. 2 § 3 D. si serv. vind. 8, 5; Ihering, Besitzwille, S. 30, 31.

er es auch bei der Frage nach dem Vorhandensein des Besitzes. Wenn der Vorgänger den Besitz hatte, so sollte ihn auch der Nachfolger haben, denn beide sind inbezug auf die Servitut juristisch dieselbe Person.

§ 2.

2. Die Vererblichkeit des Besitzes im deutschen Recht.

Einen wesentlich andern Standpunkt wie das römische Recht nimmt das deutsche Recht ein hinsichtlich des Besitzerwerbes des Erben an den Nachlassgegenständen. Im deutschen Recht galt die Rechtsparömie: „Der Tote erbt den Lebendigen“ (wobei hier „erben“ bedeutet: „zum Erben machen“). Der Sinn dieses Satzes ist der, dass Berufung zur Erbschaft und Erwerb derselben zusammenfallen, dass es von seiten des Erben keiner besonderen Erbschaftsantretung bedurfte, mithin das Stadium der römischen hereditas iacens fortfiel. Der Erbe hat ipso iure unmittelbar beim Eintritt des Erbfalls, wie aus folgenden Quellenstellen hervorgeht, die „Gewere“ an den Nachlassgegenständen:

Glosse zum Sächs. Landrecht III, 83 § 1:

> Kommt einer .... in eines dinges besitzung, ob im ein erbe anstirbt, das gut hat er allbereit in sein geweren und besitzt es.

Glogauer Rechtsbuch c. 8:

> Wen gut anstirbet von gesippe, der hat daran zu hand eyne rechte gewer unde darf daz auch uyr güt uffnemen vor keynem rechthin.[1])

Streitig bei der Auslegung dieser Stellen ist, wie überhaupt auch sonst, die Bedeutung des Wortes: „gewere“. Die verschiedensten Geweretheorien sind aufgestellt worden, und es ist richtig, wenn Cosack[2]) sagt:

---

[1]) Vgl. Cosack, Der Besitz des Erben, Weimar 1877, S. 33.

[2]) Cosack, Bes. d. Erb., S. 27.

„Wo wir der Gewere begegnen, da weist uns bunte Verwirrung der Ansichten das Walten jenes Kobolds, der im deutschen Sachenrechte sein Wesen treibt".

Herrschend und allgemein anerkannt dürfte jetzt die Heusler'sche Theorie der Gewere sein.[3]) Nach ihr ist „Gewere" gleich „Besitz" und der Uebergang der Gewere identisch mit dem Uebergange des Besitzes. Demnach würde aus den angegebenen Stellen klar hervorgehen, dass der Erbe auch ohne tatsächliche Besitzergreifung den Besitz des Nachlasses erlangte und Besitzschutz genoss. Ebenso sagt auch Cosack[4]): „Der Sinn der Erbengewere ist der, dass der Erbe eines Gewerten, der die eigentümlichen Rechtsvorteile der Gewere genoss, eben dieser Vorteile ohne weiteren Erwerbsakt teilhaftig wurde.

Gegenüber diesen Ansichten über die Bedeutung der Gewere wäre hinzuweisen auf die Ansicht Delbrücks.[5]) Er fasst die Gewere von der prozessualen Seite auf, und bezeichnet die Gewere als die Lage dessen, der im Prozesse die Beweisvorteile hat. Es ist dies, wie er ausführt, aber nicht immer der Besitzer, und namentlich sei bei der Erbengewere an eine Besitzerwerbung nicht zu denken; denn es könne doch unmöglich ein Rechtssatz dem Erben einen Besitz verschaffen, den er tatsächlich nicht hat. Er kommt dann zu dem Schluss, dass die Gewere sich auf den Eigentumsschutz und nicht auf den Besitzesschutz beziehe.

Auch Förster und Eccius[6]) erkennen grundsätzlich eine Vererblichkeit des Besitzes nicht an. Sie konstruieren den deutschen Besitzbegriff ganz auf der Grundlage des römischen und meinen, dass hier wie dort eine Vererblichkeit des Besitzes seiner Natur widerspreche.

---

[3]) Heusler, Die Gewere, Weimar 1872.

[4]) Cosack, Bes. d. Erb., S. 32.

[5]) Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, Leipzig 1857.

[6]) Förster u. Eccius, Preuss. Privatrecht, 5. Aufl., Berlin 1887.

Mit Recht tadelt Ihering [7]) „solche durch nichts gebotene Konzession an die römische Besitztheorie". Der richtige Standpunkt bei der Behandlung von Besitzfragen ist — so führt er aus — „nicht der naturhistorische, wenn ich mich so ausdrücken darf, sondern der praktisch-juristische, bei dem es darauf ankommt, ob die Wirkungen des Besitzes vorliegen. Sind sie vorhanden, so hat der Jurist Besitz anzunehmen und seine Sache ist es, wenn sein bisheriger Besitzbegriff dazu nicht stimmt, denselben entsprechend zu modifizieren".

Zu erwähnen wäre noch die Laband'sche Rezension des Heusler'schen Werkes,[8]) die in vielen Punkten die Heusler'sche Ansicht bekämpft und eine Erbengewere nur insoweit gelten lassen will, als der Erbe nicht durch einen äusserlichen Akt seine Besitzergreifung zu bekunden braucht.

Auch Planck[9]) steht auf einem andern Standpunkt wie Heusler. Er kommt aber, wenn auch auf andern Grundlagen, schliesslich doch hinsichtlich der Wirkungen des Erbengewere zu fast demselben Resultat wie Heusler.

Trotz dieser verschiedenen gegenteiligen Ansichten ist, wie gesagt, jetzt die Heusler'sche Geweretheorie als allgemein anerkannt zu bezeichnen. Mithin kann man auch ohne weiteres behaupten, dass nach deutschrechtlichen Grundsätzen eine Vererbung des Besitzes anerkannt gewesen ist.

§ 3.

3. Der Erbbesitz in der romanistischen Wissenschaft.

Infolge des Widerspruchs, der sich aus den oben erwähnten Stellen l. 30 D. 4, 6 und l. 23 pr. D. 41, 2 zu ergeben schien, neigten sich die Glossatoren teilweise der

---

[7]) Ihering, Besitzwille, S. 33, Anm. 2.

[8]) Jur. Vierteljahrsheft Bd. XV, S. 397.

[9]) Planck, Gerichtsverfahren Bd. I, S. 528.

Ansicht zu, dass der juristische Besitz im römischen Recht vererblich gewesen sei.[1]) So findet sich in der Glosse zu l. 30 cit. und l. 23 pr. cit. die Auslegung, dass l. 23 pr. cit. sich auf den blossen Naturalbesitz beziehe, der Besitz im rechtlichen Sinne dem Erben als solchen aber in vollem Umfange zustehe. Die Postglossatoren[2]) freilich liessen diese Interpretation wieder fallen und gaben die Vererblichkeit des Besitzes als unvereinbar mit dem römischen Begriff des Besitzes für das ius civile wieder auf. Dagegen wollen sie für das statutarische und das Gewohnheitsrecht eine Vererblichkeit des Besitzes gelten lassen. So erkannte auch die Praxis der Rota Romana eine Vererblichkeit des Besitzes an, „wie denn auch Ferrara, Brixen, Neapel, Savoyen, Mailand, Padua, Verona, Florenz, Trident, ja selbst die Metropole des Romanismus, Bologna, mit ihren Statuten Beispiele dafür sind". [3])

Auch in Deutschland ist eine ähnliche Entwickelung wie in Italien zu bemerken. Auch hier finden wir im Gewohnheitsrecht und in den Partikularrechten, wenn auch nur selten, den Satz vom unmittelbaren Uebergang der Erbengewere. Cosack in seinem „Besitz des Erben" S. 90 führt als die bekanntesten Beispiele dieser Art die Magdeburger Polizeiordnung und die Kurkölnische Rechtsordnung an. Die meisten Gesetze äussern sich über diesen Punkt nicht, „und hier ist dann entscheidende Instanz Praxis und Wissenschaft". Hier freilich drangen meistens die römisch-rechtlichen Anschauungen durch, wie denn Brunnemann und Giphanus ganz auf dem römischen Standpunkt standen. Dagegen finden wir Anhänger der deutschen Lehre von der Vererblichkeit des Besitzes in Carpzow, Schiltes, Cludius, Heineccius u. a. m.

Auch die Praxis ist manchmal dem deutschen Prinzip gefolgt, wie das verschiedene Erkenntnisse der Spruchfakultäten beweisen, und aus dem Anfang des vorigen

---

[1]) Siehe Cosack, Bes. d. Erb., S. 76 ff.

[2]) Siehe Cosack, Bes. d. Erb., S. 78 f.

[3]) Siehe Cosack, Bes. d. Erb., S. 84; Heusler, Gewere S. 324, 325.

Jahrhunderts, aus den Jahren 1818 und 1824 gibt es zwei Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel, die gleichfalls den Erbbesitz annehmen.[4])

§ 4.

4. Die Vererblichkeit des Besitzes im A.L.R.

Ob das preussische Recht eine Vererblichkeit des Besitzes anerkannt hat, ist lange streitig gewesen. Man darf jetzt aber wohl die Meinung, die sich für die Vererblichkeit des Besitzes entscheidet als die richtige und allgemein anerkannte bezeichnen. An der Hand von Cosack[1]) und Preiser[2]) soll hier auf diese Frage kurz eingegangen werden:

Von den in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen des A.L.R. sind hier zunächst die §§ 367 und 368 I, 7 zu erwähnen. In § 367 ist ausgesprochen, dass die Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers dem Erben anfällt, es für ihn also, im Gegensatz zum römischen Recht, einer besonderen Erbschaftsantretungshandlung nicht bedarf. Der § 368 fährt nun fort: „Der Erbe erlangt das Eigentum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne dass es weiter einer Besitzergreifung bedarf". Fasst man nun den Besitz nach A.L.R. — wie die herrschende Meinung ist — als ein Recht auf, so muss folgerichtig der Besitz mit dem Tode des Erblassers ohne besondere Besitzergreifung auf den Erben übergehen.

Aber auch aus den §§ 48 u. 49 I, 7 A.L.R. lässt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht herleiten. Der § 48 besagt: „Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden", und § 49: „Wer jedoch einem anderen in einen Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der

---

[4]) Vgl. Cosack, Bes. d. Erb., S. 93—95.

[1]) Cosack, Bes. d. Erb., S. 97 ff.

[2]) Preiser, Die Vererblichkeit des Besitzes im preuss. Recht, Breslau 1892.

einzelnen unter dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte". Offensichtlich will der § 49, wie dies schon aus den Worten: „wo jedoch" hervorgeht, eine Ausnahme von § 48 statuieren. Sein Sinn ist also der, dass der Universalsukzessor eines Besitzers keiner besonderen Besitzergreifung bedarf, um den Besitz seines Rechtsvorgängers zu erlangen. Doch ist dieser Paragraph auch vielfach in anderem Sinne interpretiert worden. So werden in einem Plenarbeschluss des preussischen Obertribunals vom 7. November 1849 dem Erben nicht die possessorischen Interdikte zugestanden gegen eine Person, die vor der Besitznahme der Erbschaft durch den Erben Sachen aus der Erbschaft entwendet hatte, und zwar mit der Begründung, dass der § 49 nur den Sinn habe, dass es für jemanden, der in einen Inbegriff von Sachen und Rechten nachfolgt, keiner Besitzergreifung der einzelnen Sachen und Rechte bedürfe, dass vielmehr die Inbesitznahme des Ganzen genüge. Man dürfe — wie die Entscheidung fortfährt — den § 49 nicht dahin auffassen, dass es von Seiten des Erben keiner besonderen Besitzergreifungshandlung bedürfe, da dieser Sinn dann doch mit vielen andern Stellen des Gesetzes, wo von einer besonderen Besitzergreifung von Seiten des Erben die Rede ist, in Widerspruch stände.

Man wird diese Interpretation des § 49 wohl nicht als richtig bezeichnen können, wie sie denn in der Literatur auch heftig bekämpft wird. So wird von Cosack[3]) darauf hingewiesen, dass wenn der § 49 wirklich den ihm vom Obertribunal untergelegten Sinn hätte, seine Satzkonstruktion doch sehr umständlich und schleppend wäre; man hätte dann doch statt: „bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen in dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte" viel einfacher und treffender sagen können: „bedarf keiner Besitzergreifung aller einzelner Sachen".

Die Unrichtigkeit der obigen Interpretation des § 49

[3]) Cosack, Bes. d. Erb., S. 102, 103.

ergibt sich aber auch aus dem Umstande, dass man einige Paragraphen weiter, in § 53 I, 7 A.L.R., genau dasselbe ausgedrückt findet, was nach der Meinung des Obertribunals der § 49 besagen soll. Es heisst nämlich in § 53: „Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, hat dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen". Es wäre schwer zu erklären, wie ein so sorgsam ausgearbeitetes Gesetzbuch, wie das A.L.R., denselben Gedanken in zwei verschiedenen, räumlich so nahe zusammenliegenden Paragraphen ausgedrückt haben sollte.

Preiser[4]) sucht auch an der Hand der Entstehungsgeschichte des A.L.R. nachzuweisen, dass die dem § 49 vom Obertribunal untergelegte Bedeutung unrichtig sei und sagt, dass man auf Grund der vorliegenden Materialien über diese Stelle gerade zu der entgegengesetzten Ansicht kommen müsse. Er fasst das Resultat seiner Untersuchung folgendermassen zusammen: „Der § 49 I, 7 A.L.R. enthält ebenfalls eine ausdrückliche Anerkennung der Vererblichkeit des Besitzes. Das ergibt sich mit Sicherheit aus dem Wortlaut und Sinn dieses Paragraphen, aus einer Vergleichung desselben mit § 53 cit. tit. und aus der Entstehungsgeschichte dieses Teils der landrechtlichen Lehre vom Besitze. Aber auch noch aus einem anderen Grunde kann man darauf schliessen, dass das A.L.R. eine Besitzvererbung anerkannte. Es werden nämlich im A.L.R. in mehreren Paragraphen (§§ 116, 117, 131 I, 7) die Endigungsgründe des Besitzes angeführt. Der Tod des Besitzers ist aber darunter nicht erwähnt, so dass man auch hieraus annehmen kann, dass der Tod den Besitz nicht beendet, sondern dass er durch den Erben ohne besondere Besitzergreifung fortgesetzt wird. Man ist zu dieser Annahme wohl auch ganz berechtigt, denn bei der bis ins kleinste Detail gehenden Bearbeitung des A.L.R. wäre es wunderbar, „hätte das Gesetz einen so wichtigen

---

[4]) Preiser, S. 32 ff.

Rechtssatz wie den, dass der Tod ein Endigungsgrund des Besitzes sei, nicht ausdrücklich ausgesprochen, wenn es seine Geltung beabsichtigt hätte".[5])

§ 5.

5. Deutsche und ausserdeutsche Kodifikationen in ihrer Stellung zur Besitzvererbung.

Die deutschen Partikulargesetzgebungen folgen zum Teil dem römischen Recht, indem sie prinzipiell eine Besitzvererbung ausschliessen; zum Teil werden sie von deutschrechtlichen Anschauungen beherrscht und erkennen die Vererblichkeit des Besitzes in vollem Umfange an. Dem römischen Recht folgt das „Bayrische Landrecht" und das neue „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen". Auch das „Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch" verlangt eine besondere Besitzergreifung seitens des Erben, um in den Besitz der Erbschaftssachen zu kommen. Germanische Grundsätze finden wir vertreten in dem „Züricher Privatrechtlichen Gesetzbuch", das auch in verschiedenen andern Kantonen der Schweiz eingeführt ist, in dem „Entwurf eines Gesetzbuchs für Hessen-Darmstadt" und in dem „Badischen Landrecht".[1])

Ausserhalb Deutschlands erkennen fast alle neueren Kodifikationen, abgesehen von der griechischen, eine Vererblichkeit des Besitzes an. Vor allem huldigt dem deutschen Prinzip das französische Recht. Wie in Deutschland die „Gewere", so war im alten französischen Recht die „saisine" vererblich. Den Gedanken, der sich in der oben erwähnten deutschen Rechtsparömie „der Tote erbt den Lebendigen" ausspricht, finden wir wieder in dem französischen Rechtssprichwort: „Le mort saisit le vif". Es ist dies eine Uebersetzung des Satzes des Tiraquellus: „mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione".

---

[5]) Preiser S. 29, siehe dagegen auch Eccius 3 § 163 A. 56 u. Dernburg Pr. Pr. 1 § 155 A. 13.

[1]) Siehe Cosack, Bes. d. Erb., S. 105 ff.

Bemerkenswert für die Vererblichkeit des Besitzes im französischen Recht ist ferner eine Stelle des „Grand Contumier", wo der Besitzerwerb durch Erbgang geradezu den andern Besitzerwerbsarten koordiniert wird. Es heisst hier: Ils sont trois espèces de possession suffisant à saisire; c'est assavoir: possession acquise par occupation, possession acquise par succession et possession acquise par tradition de fait.

Dieselben Gedanken finden wir auch im heutigen französischen Recht vertreten. So verordnet Art. 724 des „Code civil":

„Les héretiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt". [2])

Ebenso hat sich im „code civile italiano" die Besitzvererbung, deren Anerkennung wir schon in den älteren italienischen Stadtrechten gefunden hatten, bis auf den heutigen Tag erhalten. Auch das niederländische Recht kennt die Besitzvererbung.

---

[2]) Vgl. Cosack, Bes. d. Erb., S. 63 ff; Zachariae, franz. Zivilrecht, 7. Aufl. 1, § 185 b; Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 2, § 86, u. Huber, Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1894, 4, 669.

II. Die Vorarbeiten zum B.G.B. und das B.G.B.

§ 6.

A. Die Nichtvererblichkeit des Besitzes im I. Entwurf zum B.G.B.

Bei der grossen Zersplitterung, die vor der Einführung des B.G.B. im Rechtsleben unseres Volkes, namentlich auf dem Gebiete des Privatrechts herrschte, war es für die Redaktoren unseres neuen Gesetzbuches nicht leicht, ein einheitliches deutsches Recht zu schaffen, das den modernen praktischen Lebensbedürfnissen entsprach. Römisch-rechtliche Anschauungen und Grundbegriffe einerseits sind für sie massgebend geworden, während andererseits germanistische Rechtsgedanken für die Gestaltung des B.G.B. von grossem Einfluss gewesen sind. Es ist ein Verdienst der germanistischen Schule, die in den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts plötzlich einen ungeahnten Aufschwung genommen hat, bewährten deutsch-rechtlichen Instituten, die schon lange im Rechtsbewusstsein unseres Volkes lebten, gesetzliche Anerkennung verschafft zu haben. Oft jedoch trugen theoretisch-romanistische Bedenken gegenüber gesunden deutschen Anschauungen den Sieg davon, und man konnte sich nicht entschliessen, mit unbrauchbaren, veralteten römischen Anschauungen zu brechen. Namentlich im I. Entwurf zum B.G.B. sind romanistische Ideen vorherrschend gewesen, sowohl auf vielen anderen Gebieten, wie besonders in der Lehre vom Besitz. Vollständig den römischen Besitzbegriff, wie Savigny ihn aufgestellt hat, finden wir im I. Entwurf wieder; im römischen Sinne ist auch die Frage über die Besitzvererbung entschieden.

Nicht im Sachenrechte, wie man erwarten könnte, finden wir eine positive Vorschrift darüber, ob der Besitz

mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergeht; ja man könnte sogar, wenn man nur das Sachenrecht ansieht, vermuten, dass dies der Fall ist, denn unter den in den §§ 807—813 angeführten Tatsachen, welche eine Beendigung des Besitzes bewirken, ist nicht der Tod des bisherigen Besitzers mit angeführt. Erst im V. Buch, im Erbrecht, besagt der § 2052:

> „Der Besitz und die Innehabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft Gesetzes auf den Erben über".

Wegen ihres Zusammenhanges mit anderen erbrechtlichen Vorschriften, insbesondere mit dem Uebergange der Erbschaft kraft Gesetzes (§ 2051) sei diese Vorschrift, wie die Motive sagen,[1]) ins Erbrecht gestellt, und nicht in der Lehre vom Besitz, im 3. Buche, gegeben; ihre Aufnahme sei geboten, weil jeder Zweifel darüber beseitigt werden sollte, ob Innehabung und Besitz des Erblassers mit dessen Tode endigen, eine Frage, die im geltenden Recht und in der Theorie heftig bestritten werde. Auch schon die Motive zum 3. Buch[2]) glauben darauf hinweisen zu müssen, dass eine Besitzvererbung nicht denkbar sei, obwohl eine positive Vorschrift hierüber im 3. Buch nicht aufgestellt worden ist. Sie begründen ihren Standpunkt mit folgender Ausführung:

> „Von der Fortdauer des Besitzes in dem Sinne, dass derselbe nur das Subjekt wechselt und im Wege der Usukapion auf den Erben übergeht, kann man nicht reden, wenn man nicht von einem Begriffe des Besitzes ausgehen will, welcher dem römischen Recht und den demselben folgenden Gesetzen, sowie dem Entwurfe fremd ist".

Wenn so einerseits einzig und allein das Beispiel des römischen Rechts und die Vorstellung von der Naturnotwendigkeit seiner Sätze den Gesetzgeber bei der Aufstellung der im § 2052 enthaltenen Regel geleitet haben,

---

[1]) Siehe Motive zu dem Entwurf eines B.G.B., Bd. V, S. 531.

[2]) Siehe Motive, Bd. III, S. 101.

so musste er andererseits wieder den Bedürfnissen des praktischen Lebens nachgeben und eine Reihe von Ausnahmen aufstellen, durch die der Erbe vor Benachteiligungen geschützt wurde.

Aehnlich wie im römischen Recht ist zunächst hinsichtlich des Ersitzungsbesitzes im § 882 Abs. 2 eine Ausnahme von dem Prinzip des § 2052 statuiert worden: die Ersitzung des Erblassers wird von seiten des Erben, auch ohne dass er den Besitz der Erbschaftsgegenstände erlangt hat, fortgesetzt, es sei denn, dass der Erbe, wie § 885 bestimmt, den Besitz verloren hat, indem ein anderer als der Erbe den Besitz der Sache erlangt hat.

Eine weitere Ausnahme ist im § 2054 enthalten:

> „Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitz oder Innehabung war, bevor der Erbe Besitzer oder Innehaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Innehabung mit dem Erbfall auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Innehabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfall Besitzer oder Innehaber der Sache geworden wäre."

Es ist ohne weiteres ersichtlich, dass durch diese Ausnahmen der § 2052 eigentlich ganz bedeutungslos geworden ist. Allgemein sind denn auch diese Vorschläge des Entwurfs von der Kritik verurteilt worden. Kann doch die Inkonsequenz, die im § 2054 zum Ausdruck kommt, gar nicht verkannt werden! Dem Erben, dem das Gesetz gerade die Besitzerqualität abspricht, werden trotzdem die Besitzschutzmittel, die sonst doch nur dem Besitzer gewährt werden, ohne weiteres beigelegt Der Lehrsatz des römischen Rechts, dass der Besitz nicht von selbst auf den Erben

übergeht, sagt Ihering[3]), sei beibehalten worden, während ihm die rechtliche Grundlage, auf der er beruhe: Anerkennung der possessorischen Interdikte und des Rechts der verbotenen Eigenmacht entzogen worden sei — der Schluss sei beibehalten, die Prämissen, durch die er bedingt sei, seien beseitigt! Die Bestimmung des § 2054 ist ebenso inkonsequent, wie die des § 815 des I. Entwurfs, wo auch dem Innehaber, ohne dass er Besitzer ist, die Besitzschutzmittel gegeben werden.

Man denke sich nun gar die Folgen des § 2054 für den Fall, dass ein vermeintlicher Erbe, der Innehaber der Nachlassgegenstände ist, und der wirkliche Erbe in Kollision geraten. Jeder wird in dem anderen denjenigen sehen, der gegen ihn verbotene Eigenmacht verübt, und wird sich infolgedessen berechtigt halten, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, was doch ganz unhaltbare Zustände schaffen würde[4]).

Bei der Beratung der 2. Kommission wurde die Streichung der §§ 2052—2054 des I. Entwurfs und die Annahme des jetzt im § 857 enthaltenen Satzes aus folgenden Gründen beantragt[5]): Da die Rechtsposition des Besitzers nicht durch die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt bedingt sei und auch Rechtspositionen vererblich seien, so könne man logisch richtig sagen, dass die Rechtsposition, die der Besitzer bei seinem Tode gehabt habe, auf den Erben übergehe, sofern nicht ein anderer den Besitz erworben habe. Die Unvererblichkeit des Besitzes sei im bestehenden Recht nirgends streng durchgeführt. Auch der Entwurf I habe sie tatsächlich aufgegeben. Von der Unvererblichkeit bleibe lediglich bestehen, dass an den Besitz geknüpfte Verbindlichkeiten den Erben nur dann träfen, wenn er sich die tatsächliche Gewalt verschafft habe. Indessen läge in der Zulassung der Eigentumsklage gegen den tatsächlich noch nicht besitzenden Erben keine Härte, da dieser sich leicht

---

[3]) Ihering, Besitzwille, S. 419.

[4]) Ihering, Besitzwillen, S. 497, 498.

[5]) Siehe Protokoll, Bd. V, S. 651.

die Möglichkeit der Restitution verschaffen könne. Ebenso könnten die in den §§ 789, 917, 759 (jetzt im B.G.B. §§ 867, 1005, 836) gewährten Ansprüche ohne Unbilligkeit auch gegen den Erben des Besitzers zugelassen werden. Es empfehle sich daher, den Grundsatz der Vererblichkeit des Besitzes jetzt allgemein auszusprechen. Die Kommission nahm den Antrag mit 15 gegen 1 Stimme an, teils mit Rücksicht auf das geltende Recht, das sich mehr und mehr gegen die Unvererblichkeit des Besitzes gewandt habe, teils auf Grund der gesetzestechnischen Erwägung, dass sich die Ausnahmen von dem Grundsatze der Vererblichkeit des Besitzes leichter aufstellen liessen, als die Ausnahmen von der entgegengesetzten Regel des Entwurf I.

Nicht eine bestimmte Auffassung des Besitzesbegriffs, sondern wesentlich Zweckmässigkeitsgründe haben hiernach für die Annahme des jetzigen § 757 den Ausschlag gegeben.

B. Das Prinzip der Vererblichkeit des Besitzes im B.G.B.

§ 7.

1. Allgemeines über den Begriff des Besitzes im B.G.B.

Während die Besitzlehre des 1. Entwurfs zum B.G.B. noch ganz von romanistischen Anschauungen beherrscht wurde, hat sich das B.G.B. selber von römischen Einflüssen fast vollständig frei gemacht und das Besitzrecht auf neue Grundlagen gestellt. Der Besitzbegriff des B.G.B. geht von dem aus, was auch die Auffassung des Lebens unter Besitz versteht und das Gesetzbuch hat also den Mut gehabt, diese Auffassung juristisch zu verwerten.[1]) Eine Definition des Besitzes finden wir im B.G.B. nicht; es begnügt sich vielmehr damit, den Besitz dadurch zu beschreiben, wie er erworben und auf welche Art er verloren

[1]) Siehe Strohal, Sachbesitz, S. 3.

wird. Der Erwerb des Besitzes vollzieht sich nach § 854 Abs. 1 durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, und dementsprechend bestimmt § 856 Abs. 1: „Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert". Besitz bedeutet hiernach also ein Verhältnis tatsächlicher Natur; er bezeichnet das Verhältnis tatsächlicher Zugehörigkeit einer Sache zu einer bestimmten Person und besteht in der tatsächlichen Gewalt der Person über die Sache, einer Gewalt, die nach §§ 855 und 868 auch durch eine andere Person ausgeübt werden kann. Im Falle des § 855 ist aber nicht derjenige Besitzer im Sinne des Gesetzes, der „die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat". Besitzer ist hier nur derjenige, „dessen auf die Sache sich beziehenden Weisungen der andere Folge zu leisten hat"; der „andere" ist nur „Besitzdiener". Im § 868 unterscheidet das Gesetz zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitz, indem es sagt:

> „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer"; und zwar ist der „andere" „mittelbarer" während der Niessbraucher, Pfandgläubiger usw selber „unmittelbarer" Besitzer ist.

Ein bestimmter Besitzwille (animus domini oder sibi possidendi) wird vom B.G.B. im Gegensatz zum römischen Recht, Gemeinen Recht und Preussischen Landrecht als Erfordernis des Besitzerwerbs nicht aufgestellt. Es ergibt sich das aus der ganzen Entstehungsgeschichte des B.G.B. So heisst es in der Denkschrift S. 161 [2]):

---

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., Berlin 1896, S. 161.

„Ob tatsächliche Gewalt über eine Sache vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Einen auf die Erlangung des Besitzes gerichteten Willen des Erwerbers verlangt der Entwurf nicht, denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äusseren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Besitzschutzes besteht".

Eine andere Frage ist freilich die, ob nicht ein auf den Erwerb gerichteter Wille vorhanden sein muss, damit überhaupt eine tatsächliche Gewalt angenommen werden kann. Hierauf näher einzugehen, würde, da nicht im Rahmen dieser Arbeit liegend, zu weit führen.

Man kann wohl kurz mit Biermann[3]) ganz richtig sagen:

„Der Besitzwille ist niemals ein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbs, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt".

Diese Ansicht ist jedoch nicht unbestritten.[4])

Als Folge davon, dass zum Besitzerwerb ein besonders gearteter Wille nicht erforderlich ist, ergibt sich, dass auch Geschäftsunfähige, insbesondere also Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke, selbständig Besitz erwerben können. Für die Zulässigkeit dieses Besitzerwerbs

---

[3]) Siehe Biermann, Sachenrecht, S. 6.

[4]) Ihr huldigen u. a. Strohal, Sachbesitz, S. 67; Planck, Sachenrecht, S. 32, Bem. 2; Männer, § 16, S. 95; Bendix, S. 45. Andere halten zwar einen Besitzwillen für erforderlich, wollen ihn aber regelmässig unterstellen oder vermuten. So Cosack, § 186, S. 69; Staudinger-Kober, S. 7 u. 8; Enneccerus u. Lehmann, § 20, S. 67. Dass der Besitzwille noch in derselben Weise erforderlich sei, wie im bisherigen Recht, vertreten Endemann, § 34, S. 176/77 und im ganzen auch Dernburg, B.G.B., Sachenrecht, § 17, S. 54.

durch Geschäftsunfähige ist die durchaus herrschende, fast einstimmige Meinung.[5])

Nur in einem Falle ist im B.G.B. selber von einem animus, nämlich dem animus domini, die Rede, nämlich im § 872, wo es heisst:

„Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer".

Dieser Eigenbesitz ist aber für den Besitzschutz ganz bedeutungslos, wichtig wird er nur für den Rechtserwerb, z. B. bei der Okkupation und Ersitzung.

Das B.G.B. kennt einen Besitz nur an Sachen. Ein Rechtsbesitz (iuris quasi possessio) wird von ihm im Gegensatz zum Gemeinen Recht und Preussischen Landrecht im Gebiet des Reichsrechts nicht mehr anerkannt. Doch finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften bei Störung in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nach näherer Bestimmung der §§ 1029 und 1090 B.G.B. entsprechende Anwendung.[6])

Als einem wichtigen Rechtsgute wird dem Besitz vom Gesetz Besitzschutz gewährt, und zwar in zweierlei Weise: durch Selbsthülfe und Rechtshülfe. Im § 859 wird dem Besitzer ein besonderes, weitreichendes Selbsthülferecht eingeräumt, das in ein Recht auf Abwehr und in ein Recht auf Wiederbemächtigung zerfällt. Als Rechtshülfe gewährt das B.G.B. dem Besitzer drei Ansprüche:

1. den Anspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (§ 861),
2. den Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung von Besitzstörungen (§ 862),

---

[5]) So Strohal, Sachbesitz, S. 76 ff.; Fischer-Henle, Kommentar, S. 447; Cosack, § 186, Ziff. 6a, S. 69; Kuhlenbeck, Bem. 4, S. 54; Lehmann, § 20, S. 68; Planck, Bem. 2, S. 32; Kipp bei Windscheidt, Bd. 1, S. 629 unter f, u. a. m. Gegen den Besitzerwerb Geschäftsunfähiger aber Endemann § 34 Nr. 4, S. 181 und Dernburg § 17, S. 57, nach dessen Meinung Geschäftsunfähige und Kinder nur unvollkommen Besitz erwerben können.

[6]) Vgl. Mot. z. B.G.B., III, S. 477, 489, Prot. III, S. 319; Endemann, Sachenrecht, S. 147; Staudinger-Kober, Sachenrecht, S. 10.

3. den Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung einer auf ein fremdes Grundstück abhanden gekommenen Sache (§ 867).

Ausserdem knüpft das Gesetz eine Reihe wichtiger Rechtsvermutungen an den Besitz; so z. B. im § 1006 eine allgemeine Eigentumsvermutung für den Besitzer einer beweglichen Sache, im § 920 eine Eigentumsvermutung bei der Grenzscheidungsklage, im § 1253 eine Vermutung der Pfanderlöschung bei Wiederbesitz des Schuldners, im § 1362 eine Eigentumsvermutung für den Ehemann zu Gunsten seiner Gläubiger u. a. m.

Die alte Streitfrage, ob der Besitz eine blosse Tatsache oder ein Recht sei, wird vom B.G.B. nicht direkt entschieden. Auch nach dem B.G.B. beruht der Besitz auf einer tatsächlichen Grundlage; allein er verschafft dem Besitzer eine äusserst wichtige Rechtsstellung (Rechtsposition). Diese bildet, wie vorher ausgeführt, die Voraussetzung für viele Arten des Rechtserwerbs, an sie knüpfen sich wichtige Rechtsvermutungen, sie wird, was die Hauptsache ist, vom Rechte geschützt und kann u. U. sogar mit einer petitorischen Besitzklage verfolgt werden (§ 1007); der Besitz kann sogar auch Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Im Hinblick hierauf kann man — wie Kober[7]) sagt — „den Besitz kurzweg als ein Recht bezeichnen, zwar nicht als ein dingliches, aber jedenfalls eins im Sinne des § 823. Hierdurch lösen sich viele Schwierigkeiten am einfachsten."

Dasselbe sagt auch Endemann[8]):

„Als Inbegriff der an die Tatsache der Sachherrschaft geknüpften Rechtsfolgen erscheint der Besitz als Rechtsverhältnis".[9])

---

[7]) Staudinger-Kober, S. 6.

[8]) Endemann, S. 201.

[9]) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. u. a. Mot. III, S. 78, 109; Bekker in Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 26, 27; Strohal, Sachbesitz, S. 63, 64; Dernburg, Sachenrecht, S. 43: der Besitz als solcher ist kein Recht, doch in der Mehrzahl der Fälle entspricht er dem Recht. Binder, S. 47. Anm. 44; Planck 3, S. 29. Für obige Meinung sind u. a. noch: Cosack II, S. 78, § 185; Kipp bei Windscheidt 1, 697, 2, 887; Turnau-Förster, Sachenrecht, S. 61.

Fasst man den Besitz als ein „Recht“ oder „Rechtsverhältnis“ auf, so muss man auch zugeben, dass er als solches kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft auf einen andern übertragen werden kann, mit denselben Beschränkungen natürlich, die für die Uebertragbarkeit eines Rechtes gelten. So kennt das B.G.B. auch, im Gegensatz zum Gemeinen Recht, eine Sukzession in den Besitz, und zwar sowohl eine Singular- wie eine Universalsukzession; der § 854 Abs. 2 enthält eine Art Singularsukzession in den Besitz; nach § 870 kann der mittelbare Besitz durch blosse Abretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden, und schliesslich bestimmt § 857 als Fall der Universalsukzession, dass der Besitz auf den Erben übergeht.

§ 8.

2. Die Bedeutung des § 857.

Wenn es im § 857 heisst, „der Besitz geht auf den Erben über“, so ist es klar, dass unter Besitz hier nicht die tatsächliche Gewalt als äusserlicher Tatbestand allein verstanden werden kann. In diesem Sinne ist der Besitz eben etwas Tatsächliches und deshalb der Uebertragung durch Rechtssatz unzugänglich. Die Vorschrift muss vielmehr dahin ausgelegt werden, dass die objektiv gebundene Besitzesgewalt des Erblassers als Recht[1]) mitsamt den andern Rechten der Erbschaft von Gesetzes wegen ohne körperliche Besitzergreifung auf den Erben übergeht. Dagegen kann die körperliche Herrschaft und tatsächliche Gewalt über die Erbschaftssachen nicht kraft Gesetzes auf den Erben übergehen; der Besitz in diesem Sinne muss vielmehr vom Erben persönlich ergriffen werden. Auf diesem Standpunkte, der auch von der Mehrzahl der Kommentatoren geteilt wird[2]), stehen auch die Protokolle[3]),

[1]) Vgl. § 7 a. E.

[2]) Vgl. u. a. Binder, Bd. I S. 47; Strohal, Erbrecht S. 69; Endemann, Sachenrecht S. 202; Staudinger-Kober, Sachenrecht S. 16; Biermann, Sachenrecht S. 14.

[3]) Siehe Prot. V 651.

wenn sie sagen, dass hier unter Besitz die Rechtsposition zu verstehen sei, welche der Besitzer bei seinem Tode gehabt habe; diese gehe auf den Erben über, sofern nicht ein anderer den Besitz erworben habe. Von anderer Seite[4]) dagegen wird dieser Vorschrift der Gedanke einer blossen Fiktion oder einer bloss entsprechenden Anwendung der Besitzschutzmittel unterlegt.

Die praktische Folge des § 857 ist, dass der Tod des bisherigen Besitzers ohne Einfluss auf den Fortbestand der Besitzherrschaft ist und der Erbe unmittelbar als Besitzsubjekt den Erblasser ersetzt. Strohal[5]) vergleicht treffend den Besitzerwerb des Erben mit dem Falle, dass jemand auf Reisen geht und bei seiner Rückkehr den Besitzstand wieder aufnimmt. Normalerweise vollzieht sich das ohne Hindernis; hat aber inzwischen ein Fremder Besitz von den Sachen des Reisenden ergriffen, so hat dieser nach § 856 Abs. 1 den Besitz verloren. Ebenso ist es auch bei dem Erben. Die Zugehörigkeit der Sachen zum Besitzstande des Erblassers ist dieselbe geblieben, nur hat inzwischen das Besitzsubjekt gewechselt, jedoch ohne Einfluss auf die gesamten andern Besitzverhältnisse. Hat ein anderer inzwischen Besitz von Erbschaftssachen ergriffen, so hat auch der Erbe diesen Besitz verloren.

Obgleich der Erbe kraft § 857 den unmittelbaren Besitz erlangt, so hat er diesen doch nur „dem Rechte, nicht dem Tatbestande nach körperlich“[6]). So muss man auch zwischen einem Besitz des Erben nach § 857 und einem solchen, den er nach § 854 tatsächlich selber ergriffen hat, unterscheiden. Das B.G.B. selber macht in den §§ 2025 S. 2 und 2027 Abs. 2 diesen Unterschied[7]).

Nach § 1922 B.G.B. vollzieht sich der Uebergang des Besitzes auf den Erben mit dem Tode des Erblassers.

---

[4]) Siehe Planck S. 40, 41; Turnau-Förster S. 67, Anm. 2 zu § 857.

[5]) Siehe Strohal, Sachbesitz S. 63.

[6]) Siehe Endemann S. 202.

[7]) A. A. Binder S. 60 f

Auch ohne sein Wissen und Wollen[8]) — z. B. wenn der Erbe sich zur Zeit des Todes des Erblassers auf einer längeren Reise befindet, oder wenn der Erblasser einen Schatz in einem fremden Walde vergraben hatte[9]) — wird der Erbe Besitzer der Nachlassgegenstände, aber eben nur solange, als nicht ein Dritter den Besitzstand aufgehoben hatte, und auch der geschäftsunfähige Erbe wird Besitzer.

Es vererbt sich aber nur der Besitz, nicht auch die Besitzdienerschaft des § 855; denn die Stellung des Besitzdieners ist eine rein tatsächliche und seine Ausübung der tatsächlichen Gewalt gemäss § 855 kein Besitz.

Auf den Erben übergehen kann ferner der Besitz nur insoweit, als der Erblasser bei seinem Tode tatsächlich noch Besitzer war. War der Besitz des Erblassers fehlerhaft, so muss auch der Erbe diese Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen[10]). Welcher Art der Besitz des Erblassers gewesen ist, ob Eigenbesitz oder Besitz zu anderen Zwecken, macht für die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 857 keinen Unterschied. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Besitz ein mittelbarer oder ein unmittelbarer war. Wie die Protokolle[11]) sagen, soll diese Vorschrift auch den Erben des Detentors, Mandatars etc. zustatten kommen, zumal diese Erben die Pflicht haben, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, für die Herausgabe der Sache verantwortlich sind und eben zur Wahrnehmung dieser Pflicht, Besitz und Besitzschutz benötigen.

Der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers des § 868 vererbt sich auch ohne Rüchsicht darauf, ob das Recht

---

[8]) Vgl. Kretschmar S. 22; Cosack S. 75.

[9]) Freilich nur dann, wenn der Erbe den Platz, an dem der Schatz verborgen ist, erfährt. Bleibt der Platz dagegen dauernd unbekannt, so kann auch der Erbe keinen Besitz an dem Schatz erlangen, denn seine tatsächliche Gewalt wird nur durch die Kenntnis von dem Schatzorte ermöglicht. Der letzte Fall liegt dann ebenso wie die S. 34 erwähnten, wo Sachen des Erblassers sich nicht mehr im menschlichen Herrschaftsbereich befinden.

[10]) Vgl. hierüber ausführlich weiter unten.

[11]) Prot. V 652.

zu diesem Besitze vererblich ist oder nicht; so vererbt sich z. B. das Niessbrauchsrecht nicht, wohl aber der Besitz des Niessbrauchers. Dies ist jetzt die allgemein herrschende Meinung.[12])

Ebenso vererbt sich auch jeder andere unmittelbare Besitz des Erblassers ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser ein Recht zum Besitz hatte oder nicht. „Besitz und Recht zum Besitz sind eben wesentlich verschiedene Dinge" — sagt Strohal[13]). — „Und ebensowenig die Begründung des Besitzes davon abhängig ist, dass derjenige, dessen Besitzerwerb in Frage steht, ein Recht zum Besitz habe, so wenig kann der Uebergang einmal begründeten Besitzes auf einen andern schlechthin durch die Fortdauer des auf Seite des Besitzers zufällig vorhanden gewesenen Rechtes zum Besitz bedingt sein."

Dass der mittelbare Besitz auf den Erben übergeht, ergibt sich schon aus § 1922 B.G.B.; denn er beruht auf der Vererbung des Rechtes des Erblassers aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisse auf Herausgabe der Sache. Freilich sind bezüglich der Vererblichkeit sowohl des unmittelbaren wie des mittelbaren Besitzes

---

[12]) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 75; Biermann S. 14; Planck S. 41; Staudinger-Kober S. 16; Turnau-Förster S. 67; auch Endemann S. 203. Wenn letzterer sagt: „Der Erbe erlangt zwar an allen im Nachlass befindlichen Sachen die Stellung eines rechtlich geschützten unmittelbaren Besitzes, er tritt aber in das besonders geartete Besitzverhältnis des Erblassers nicht ein, als dieses lediglich auf einem Recht zum Besitz beruht, das mit dem Tode des Erblassers erlischt" — so ist dies nicht, wie es Biermann und Staudinger tun, dahin aufzufassen, als ob er hiermit die Vererblichkeit des Besitzes von der Vererblichkeit des Rechtes zum Besitze abhängig machen wollte. Dem widerspricht er ja auch selber in Anm. 16, wenn er sagt: „Zu weit geht die Behauptung, dass eine Vererblichkeit des Besitzes überhaupt nicht stattfinde, wenn das Recht zum Besitz nicht vererblich ist. Aber ebenso unrichtig ist es — so fährt er fort — wenn auf dieses Recht zum Besitz kein Gewicht gelegt wird. Der Einzelbehandlung der verschiedenen Fälle fehlt dann einheitliche Grundlage und ihrer Entscheidung die überzeugende Kraft." Im Ergebnis kommt dann auch Endemann zu demselben Resultate wie Strohal, Biermann, Staudinger und Binder usw.

[13]) Strohal, Erbrecht S. 75.

Einschränkungen zu machen, auf die weiter unten[14]) noch ausführlich eingegangen werden wird.

Die Rechtsstellung des Erben als Besitzers wird durch den Erbfall häufig eine wesentlich andere, als es die des Erblassers gewesen ist. So würde, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, diesen Mitbesitz an den Erbschaftsgegenständen zustehen. Die dadurch begründeten Ansprüche kann aber gemäss § 2038 B.G.B. jeder Miterbe selbständig geltend machen. Aus dem Alleinbesitz des Erblassers ist also in diesem Falle Mitbesitz der Erbengemeinschaft geworden. Oder es überlässt der Erbe gemäss § 1969 B.G.B. den Familienangehörigen die Benutzung der Haushaltungsgegenstände des Erblassers; dann ist aus dem unmittelbaren Besitz des Erblassers beim Erben ein mittelbarer geworden.

§ 9.

3a. Einschränkung des Prinzips der Vererblichkeit des Besitzes beim unmittelbaren Besitz.

Ein Besitz kann sich natürlich nur insoweit vererben, als der Erblasser zur Zeit seines Todes wirklich noch Besitz hatte. Hatte der Erblasser vor seinem Tode eine Sache verloren oder ist sie ihm körperlich unerreichbar geworden, so kann an dieser Sache natürlich kein Besitz auf den Erben übergehen. Dasselbe muss gelten, wenn der Verlust der tatsächlichen Gewalt und der Tod des Erblassers zusammenfallen: z. B. der Erblasser ist mit seinen Kleidungsstücken und Effekten im Meere versunken und seine Leiche ist nicht geborgen worden, oder er ist von einem wilden Völkerstamme ermordet und beraubt worden. Hier kann der Besitz an denjenigen Sachen, die der Erblasser zur Zeit seines Todes an sich und bei sich trug nicht auf den Erben übergegangen

---

[14]) Siehe §§ 9, 10 und 11

sein, denn da sich die Sachen nicht mehr im menschlichen Herrschaftsbereich befinden, fehlt in diesen Fällen dem Erben sowohl, wie jedem anderen jede Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt über diese Sachen ausüben und sie so in Besitz nehmen zu können.[1]) Strohal führt sehr richtig aus, dass wenn z. B. eine Sache derart im Meere versinkt, dass auf ihre Wiedererlangung nicht mehr gerechnet werden könne, ihrem bisherigen Besitzer der Besitz an ihr zweifellos verloren gegangen sei. Besitzverlust müsse aber in gleicher Weise auch angenommen werden, wenn mit der Sache zugleich auch der Besitzer im Meere versinkt.

Andrer Ansicht ist freilich Planck.[2]) Er meint, dass die Anwendbarkeit des § 857 von praktischer Bedeutung nur dann sei, wenn die Sachen wieder zum Vorschein kämen. In diesem Falle treffe aber der Grund, der hier für diese Ausnahmen geltend gemacht werde, dass nämlich hier durch die Umstände dem Erben die Möglichkeit einer Ausübung der tatsächlichen Gewalt entzogen werde, nicht mehr zu.

Ueberzeugend widerlegt Strohal[3]) diese Ansicht Plancks folgendermassen: Planck habe mit seiner Beweisführung bereits zugegeben, dass, wenn die Sachen nicht mehr zum Vorschein kämen, der Uebergang des Besitzes an ihnen auf den Erben eine reine Illusion sei. Kämen aber die Sachen wieder zum Vorschein, so könne daraus allein auf einen Uebergang des Besitzes noch nicht geschlossen werden. Die Beurteilung müsse vielmehr ganz dieselbe sein, wie sie stattzufinden haben würde, wenn nur die Sachen und nicht mit ihnen zugleich auch ihr Besitzer versunken wären. In diesem Falle würde aber Fortdauer des Besitzes an den versunkenen Sachen gewiss nicht schon aus dem Grunde anzunehmen sein, weil die

---

[1]) Ebenso Endemann S. 203; Strohal, Erbrecht S. 69; Biermann S. 14; Binder S. 51; Kretschmar S. 21.

[2]) Siehe Planck, Sachenrecht S. 41.

[3]) Strohal, Erbrecht S. 69 Anm. 9.

Sachen vielleicht nach 10 Jahren infolge irgend eines Zufalles wieder zum Vorschein kämen. Im Falle des Versinkens einer Sache mit ihrem bisherigen Besitzer könne nicht anders entschieden werden, „denn wie sollte der Tod des Besitzers das Mittel zur Erhaltung des Besitzes einer Sache sein können, der vermöge der Lage, in welche die Sache geraten ist, dem bisherigen Besitzer jedenfalls verloren gegangen wäre, wenn dieser nicht gestorben wäre". Derselben Ansicht wie Planck sind u. a. aber auch Männer, Kniep und Cosack.[4]) Nach ihrer Ansicht wäre aber — wie Cosack es ausdrücklich sagt — der Besitz an der untergegangenen Sache vom Erben zwar erworben worden, in demselben Augenblicke des Unterganges aber wieder verloren worden. Diese Annahme ist aber gewiss weit natürlicher, als die hier vertretene.

Staudinger[5]) schliesslich, der den Standpunkt Plancks in dieser Frage u. a. auch teilt, sucht ihn damit zu begründen, dass er sagt, dass der Besitz auch hier an sich auf den Erben übergehe, der Rechtssatz aber ohne praktischen Erfolg bleibe, weil der Erbe den Besitz nicht weiter ausüben könne; hierin liege jedoch keine gesetzliche Ausnahme von dem Prinzip, sondern lediglich eine tatsächliche Unmöglichkeit, die auch sonst im Leben eintreten könne. Aber auch diese Begründung ist m. E. nicht überzeugend.

Eine weitere Ausnahme vom Prinzip des § 857 ist zu machen hinsichtlich des unmittelbaren Mitbesitzes eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Nach §§ 727 Abs. 1 und 736 B.G.B. kann unter Gesellschaftern verabredet werden, dass die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst werden, sondern unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Stirbt nun ein solcher Gesellschafter, so scheidet der Verstorbene

---

[4]) Siehe Männer S. 100 Anm. 12; Kniep S. 182; Cosack, Sachenrecht § 187 II S. 75.

[5]) Siehe Staudinger-Kober, Sachenrecht S. 18.

nach § 736 aus der Gesellschaft aus, und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den anderen Gesellschaftern an. Zu dem Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gehört aber doch auch sein Mitbesitz an den zu diesem Vermögen tatsächlich gehörenden Sachen. Stirbt also z. B. das Mitglied eines nicht rechtsfähigen Lesevereins, so geht sein Mitbesitz an den Vereinsräumen und den in ihnen befindlichen Büchern und Einrichtungsstücken nicht auf seinen Erben über, da er auf Grund positiver Gesetzesvorschrift den andern Gesellschaftern anwächst[6]). Anders freilich ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der verstorbene Gesellschafter der Gesellschaft gehörende Sachen, hier z. B. Bücher die er entliehen hatte oder vielleicht als Kassenverwalter des Vereins die Vereinsgelder, in seiner Privatwohnung eingeschlossen hatte. Der Besitz des Erblassers an diesen entliehenen Büchern und an diesem Gelde ist ein besonderer und wesentlich verschiedener von dem Mitbesitz, der jedem einzelnen Gesellschafter an den Sachen der Gesellschaft zusteht. Auf diesen Besitz des Erblassers findet auch die Vorschrift des § 857 Anwendung und er geht auf seinen Erben über.

Aehnlich wie beim Mitbesitz eines Gesellschafters liegt der Fall beim unmittelbaren Verwaltungsbesitz eines Testamentsvollstreckers oder Konkursverwalters und in ähnlichen Fällen. Hier muss unterschieden werden, ob der

---

[6]) Derselben Ansicht u. a. Strohal, Erbrecht S. 72; Endemann, Sachenrecht S. 204; Turnau-Förster S. 67. Auch Plauck S. 40 kommt zu demselben Ergebnis, aber mit der Begründung, dass die übrigen Gesellschafter den Besitzanteil des Ausscheidenden auf Grund der durch den Tod aufschiebend bedingten Einigung nach § 854 Abs. 2 erwerben. Dem dürfte aber nicht beizutreten sein; denn nach § 738 tritt die Anwachsung kraft Gesetzesvorschrift ein. Der Besitz endigte aber mit dem Tode des Gesellschafters, weil er nur auf dem Mitgliedsrechte an der Gesellschaft beruhte, dies mit dem Tode des Gesellschafters aber doch erloschen ist. Für den Erben besteht somit auch kein Mitgliedsrecht auf den Besitz. Aehnlich wie Planck auch Staudinger-Kober S. 18. Vgl. auch Binder I S. 53. Gegen die Ansicht Plancks u. a. auch Przibilla S. 66 ff., der sagt, dass die Einigung gemäss § 854 Abs. 2 nur bezüglich gegenwärtiger, nicht aber auch bezüglich zukünftig zu erwerbender Sachen vollzogen werden könne.

Verwaltungsbesitzer die tatsächliche Gewalt über die seiner Verwaltung unterliegenden Sachen selber ausübt, oder ob er den Besitz an ihnen durch einen Besitzdiener ausüben lässt. Im ersten Falle — also wenn z. B. der Testamentsvollstrecker Sachen, die zu dem von ihm zu verwaltenden Nachlass gehören, in seine Privatwohnung gebracht, oder der Konkursverwalter die zur Masse gehörenden Wertpapiere in seinem eigenen Geldschrank verschlossen hatte — geht unzweifelhaft der Besitz an diesen Gegenständen mit dem Tode des Verwaltungsbesitzers auf dessen Erben über. Anders dagegen, wenn z. B. der Testamentsvollstrecker ein Erwerbsgeschäft oder Fabrikunternehmen des Erblassers durch die früheren Angestellten des Erblassers fortführen lässt und diesen nur kraft seines Amtes die erforderlichen Weisungen erteilt. Hier wird die tatsächliche Gewalt von den Besitzdienern für die Testamentsvollstreckung oder Konkursverwaltung als solche, und nicht eigentlich für den Besitzherrn ausgeübt. Stirbt daher ein Verwaltungsbesitzer solcher Art, so besteht das angegebene Besitzdienerverhältnis nicht gegenüber seinen Erben, sondern seinem Nachfolger im Amte fort. Der Besitz eines solchen Testamentsvollstreckers oder Konkursverwalters muss mit dem Aufhören seiner amtlichen Stellung, also auch mit seinem Tode, als beendigt angesehen werden und kann daher nicht auf seinen Erben übergehen; er kommt dann vielmehr unmittelbar seinem Nachfolger im Amte, oder, falls ein solcher nicht vorhanden ist, demjenigen zu, für den die betreffende Verwaltung von dem Erblasser geführt wurde[7]), [8]).

---

[7]) Ebenso u. a. Strohal, Erbrecht S. 76; Biermann S. 14; jetzt auch Planck III S. 42.

[8]) Ueber eine weitere Ausnahme von der Vererbung des unmittelbaren Besitzes bei der Nacherbfolge vgl. weiter unten § 12.

§ 10.

3b. Einschränkung des Prinzips der Vererblichkeit des Besitzes beim mittelbaren Besitz.

Voraussetzung des mittelbaren Besitzes im B.G.B. ist ein Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer aus einem Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art auf Herausgabe. Wer einen solchen Anspruch nicht hat, dem kann auch kein unmittelbarer Besitz zustehen. Der Uebergang des mittelbaren Besitzes auf den Erben beruht auf Vererbung dieses Herausgabeanspruchs; die Vererbung muss daher ausgeschlossen sein, und der § 857 erleidet also bezüglich des mittelbaren Besitzes überall dort Ausnahmen, wo das Recht des Erblassers auf Herausgabe der Sache auf einen anderen als den Erben übergeht oder erlischt.

Hierher gehören u. a. folgende Fälle: Der Erblasser war Verwaltungsbesitzer, also z. B. Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter, und hatte in dieser Eigenschaft mittelbaren Besitz auf Grund eines im § 868 vorausgesetzten Rechtsverhältnisses. Wenn also z. B. zu einem Nachlass vermietete oder verpachtete Grundstücke oder dem Mieter oder Pächter bereits überlassene Sachen gehören, so befindet sich der zur Verwaltung des Nachlasses berufene Testamentsvollstrecker hinsichtlich dieser Sachen nur in der Stellung eines mittelbaren Besitzers. Da, wie bereits im vorigen Paragraph dargelegt, das Amt des Testamentsvollstreckers und mit ihm auch alle für ihn hieraus sich ergebenden Ansprüche mit seinem Tode erlöschen, so erlischt auch damit der mittelbare Besitz des Testamentsvollstreckers und kann nicht auf seinen Erben übergehen. Vielmehr wird mit dem Tode des Testamentsvollstreckers ein etwa vorhanden gewesener Mitvollstrecker oder der Erbe selber jetzt alleiniger mittelbarer Besitzer, oder der mittelbare Besitz geht, wenn an Stelle des Testamentsvollstreckers sofort ein anderer Vollstrecker eintritt, auf diesen Nachfolger im Amte über. Das letzte gilt z. B. auch, wenn ein Konkursverwalter zur

Masse gehörende Wertpapiere hinterlegt hatte. Hier geht der Anspruch des Konkursverwalters gegen die Hinterlegungsstelle auf Herausgabe der Papiere nicht auf seinen Erben über, sondern auf seinen Nachfolger im Amte.[1])

Ebenso vererbt sich auch nicht der Herausgabeanspruch, wenn er dem Erblasser als Mitglied einer Gesellschaft zustand. Hier wächst vielmehr der Anteil des Erblassers an diesem Anspruch und somit an dem der Gesellschaft zustehenden mittelbaren Besitz gemäss § 738 den übrigen Gesellschaftern an.[2])

Ein fernerer Ausnahmefall wird durch die Bestimmung des § 1490 B.G.B. begründet. Dieser Paragraph bestimmt, dass, wenn im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling stirbt, sein Anteil am Gesamtgut nicht zu seinem Nachlass gehört. Zum Anteil des anteilsberechtigten Abkömmlings gehört aber auch der von dem überlebenden Ehegatten für den Abkömmling „vermittelte mittelbare Anteilsbesitz rücksichtlich der von dem überlebenden Ehegatten als zum Gesamtgute gehörend unmittelbar besessenen Sachen",[3]) also ein gegen den überlebenden Ehegatten sich richtender Anspruch auf Herausgabe. Da dieser mittelbare Besitz des Abkömmlings nun gemäss der Vorschrift des § 1490 nicht zu dessen Nachlass gehört, kann er auch nicht auf den Erben des Abkömmlings übergehen, sondern teilt vielmehr das im § 1490 bestimmte Schicksal am Gesamtgute überhaupt.[4])

---

[1]) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 73; Binder S. 54; Endemann S. 203; Biermann S. 15; Planck S. 65.

[2]) Siehe Endemann S. 203 Anm. 15.

[3]) Siehe Strohal S. 74.

[4]) Eine weitere Ausnahme hinsichtlich der Vererbung des mittelbaren Besitzes ist noch zu machen in gewissen Fällen des mittelbaren Besitzes des Vorerben. Hierüber vgl. weiter unten § 12.

§ 11.

3c. Einschränkung des Prinzips der Vererblichkeit des Besitzes im Falle des § 1090 B.G.B. (beschränkt persönliche Dienstbarkeit).

Nach §§ 1029 und 1090 B.G.B. finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften auch bei Störung in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönlichen Dienstbarkeit entsprechende Anwendung. Zu diesen Bestimmungen gehört aber auch der § 857, dass der Besitz auf den Erben übergeht. Liegen also hinsichtlich einer Grunddienstbarkeit die Voraussetzungen des § 1029 vor, so wird bei dem Tode des Besitzers des herrschenden Grundstücks dessen Erbe ohne weiteres des seinem Erblasser früher hinsichtlich der Grunddienstbarkeit zustehenden Besitzschutzes teilhaftig werden. Anders dagegen bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit. Die Anwendung des § 1029 und somit auch des § 857 auf sie wird davon abhängen, dass jemand als Innehaber einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit im Grundbuche eingetragen ist und dass die Dienstbarkeit innerhalb des letzten Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Gemäss § 1090 in Verbindung mit 1061 B.G.B. endigt eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit aber mit dem Tode des Berechtigten. Stirbt also der Berechtigte, so steht damit auch fest, dass die Eintragung nicht mehr zu Recht besteht. Mithin ist also eine Voraussetzung des Besitzschutzes fortgefallen und der Erbe des Berechtigten kann keinen Besitzschutz geniessen.[1])

§ 12.

4. Anwendbarkeit des § 857 im Falle der Nacherbfolge.

Der Erblasser kann gemäss § 2100 B.G.B. einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird,

---

[1]) Vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 1090 S. 280, und Strohal, Erbrecht S. 76, 77.

nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist. Nach § 2139 hört mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge der Vorerbe auf, Erbe zu sein und es fällt die Erbschaft dem Nacherben an. Es fragt sich nun, wie es sich mit dem bisher dem Vorerben zugekommenen Besitz an den der Nacherbfolge unterliegenden Sachen verhält. Man wird hier zunächst zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz des Vorerben unterscheiden müssen, und sodann ferner, ob der Fall der Nacherbfolge bei Lebzeiten des Vorerben eintritt oder mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt. Der mittelbare Besitz des Vorerben geht in beiden letzt erwähnten Fällen ohne weiteres auf den Nacherben über. Wenn also die Nacherbfolge beim Tode des Vorerben eintritt, so geht der mittelbare Besitz des Vorerben nicht auf dessen Erben über, sondern fällt dem Nacherben an, da ja gemäss § 2139 der bisher dem Vorerben zuständig gewesene Anspruch auf Herausgabe gegen den unmittelbaren Besitzer mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge dem Nacherben zukommt.[1])

Anders beim unmittelbaren Besitz. Hier hängt die Entscheidung davon ab, ob dieser unmittelbare Besitz des Vorerben lediglich auf Grund des § 857 auf ihn übergegangen ist, oder ob er ihn selbständig nach § 854 Abs. 1 erworben hat.[2]) Besitz der ersten Art geht ebenfalls in jedem Falle auf Grund der Bestimmung des § 2139 mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge auf den Nacherben über.[3]) Im Falle also die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintritt, geht der nicht tatsächlich nach § 854 ergriffene, sondern nur auf Grund des § 857 überkommene unmittelbare Besitz des Vorerben an Erbschafts-

---

[1]) Es ist dies der bereits oben § 10 Anm. 4 S. 40 erwähnte weitere Ausnahmefall des § 857 beim Uebergang des mittelbaren Besitzes. Vgl. auch Strohal, Erbrecht I S. 74.

[2]) Vgl. § 8 S. 30 ff.

[3]) Dies ist jetzt die herrschende Meinung; vgl. Strohal, Erbrecht S. 75; Planck S. 42; Biermann S. 15; Endemann S. 204. A. A. Binder S. 60, nach dessen Meinung sich der § 857 auf den Besitzerwerb des Nacherben überhaupt nicht bezieht.

sachen, ebenso wie der mittelbare, nicht auf dessen Erben[4]) über, sondern fällt dem Nacherben zu.

Soweit dagegen der Vorerbe den Besitz von Gegenständen, die zur Erbschaft gehören, gemäss § 854 Abs. 1 selbständig erworben hatte, findet ein Anfall an den Nacherben kraft Gesetzes nicht statt. Wenn also die Nacherbfolge noch bei Lebzeiten des Vorerben eintritt, so verbleibt der selbständig ergriffene Besitz noch beim Vorerben und unterscheidet sich in keiner Weise von dem Besitz, den der Vorerbe an andern, nicht zur Erbschaft gehörenden Sachen hatte. Fällt die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammen, so geht dieser selbständig ergriffene Besitz zusammen mit seinem andern Besitz auf den Erben des Vorerben über.[5])

Dadurch, dass der Besitz an zur Nacherbschaft gehörenden Sachen nicht auf den Nacherben übergeht, sondern entweder beim Vorerben verbleibt oder auf dessen Erben übergeht, tritt der Nacherbe dem Vorerben oder dessen Erben gegenüber nicht in die Rechtsstellung eines durch verbotene Eigenmacht verdrängten Besitzers, da ja der Vorerbe oder dessen Erbe den Besitz rechtmässig erlangt haben. Das B.G.B. selber bestätigt dies, indem es im § 2130 dem Nacherben einen besonderen Herausgabeanspruch gegen den Vorerben zugesteht.

Wenn im Vorstehenden „vom Besitz des Vorerben an zur Erbschaft gehörigen Sachen" die Rede war, so war darunter der Besitz zu verstehen, den bereits der Erblasser an den Erbschaftssachen gehabt hatte. Der Vorerbe kann aber zur Erbschaft selbständig neuen Besitz, den der Erb-

---

[4]) Dies ist der bereits oben § 9 Anm. 8 S. 38 erwähnte weitere Ausnahmefall des § 857 beim Uebergang des unmittelbaren Besitzes.

[5]) Ebenso Strohal, Erbrecht S. 75; Planck, Erl. 4 zu § 857 S. 42; Endemann S. 204. A. A. Biermann S. 15, der zwar auch den vom Vorerben selbständig ergriffenen Besitz im Falle der Nacherbfolge bei ihm belassen, ihn jedoch nicht auf die Erben des Vorerben übergehen lassen will, „da er nicht zu der ihnen anfallenden Erbschaft gehört". A. A. auch Turnau-Förster S. 67 Bem. 2.

lasser noch nicht hatte, hinzuerwerben. Die Frage nun, ob auf den Nacherben nur der Besitz des Erblassers oder auch der vom Vorerben neu erworbene Besitz übergeht, dürfte jedenfalls für den mittelbaren Besitz im zweiten Sinne zu entscheiden sein, denn § 2111 B.G.B. bestimmt: „Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes . . . ., oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirkt". Als Teil eines solchen Surrogates ist aber auch der mittelbare Besitz zu betrachten. Der neu erworbene unmittelbare Besitz des Vorerben dagegen verbleibt beim Eintritt der Nacherbfolge beim Vorerben, bzw. er geht auf dessen Erben über, so dass er dem Nacherben besonders übertragen oder von ihm ergriffen werden muss, ebenso wie der schon dem Erblasser zuständig gewesene Besitz, den der Vorerbe nach § 854 Abs. 1 tatsächlich ergriffen hatte.[6])

§ 13.

5. Anwendbarkeit des § 857 im Falle der Nachberufung und der Erbeinsetzung eines nasciturus.

Wenn derjenige, der zunächst zur Erbschaft berufen ist, infolge Ausschlagung der Erbschaft, Anfechtung der Verfügung von Todes wegen oder Erbunwürdigkeit späterhin wegfällt, so gilt der Anfall der Erbschaft an ihn als nicht erfolgt und die Erbschaft fällt demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende etc. zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. (B.G.B. §§ 1953, 142, 2344). In Verbindung mit § 857 ergibt sich hieraus, dass der Besitz des Erblassers sofort mit dem Erbfall auf denjenigen übergegangen ist, der nach § 1953 Abs. 2 endgültig als Erbe in Betracht kommt. Hat also der zunächst Berufene z. B. die Erbschaft ausgeschlagen, so muss nach rückwärts hin angenommen werden, dass er niemals einen ihm nach § 857 überkommenen Besitz an den Nachlass-

[6]) Vgl. diesen Paragraph weiter vorn.

sachen gehabt habe[1]). Für den Regelfall, dass der zunächst Berufene, ohne sich überhaupt mit dem Nachlass zu befassen, die Erbschaft ausschlägt, würde die Sachlage eine ganz einfache sein. Der Besitz an den Nachlasssachen würde dann eben dem, der endgültig Erbe wird, angefallen sein. Wie aber, wenn der zunächst Berufene zum Nachlass gehörige Sachen bereits selbständig nach § 854 Abs. 1 in Besitz genommen hatte? Es ist klar, dass durch die Bestimmungen des Gesetzes an dieser Tatsache der Besitzergreifung nichts geändert werden kann. Der zunächst Berufene würde also trotz seines späteren Wegfalls den von ihm selbständig begründeten Besitz behalten[2]). Praktisch wichtig wird die Frage aber insofern, ob sich dieser Besitz des Wegfallenden nicht als verbotene Eigenmacht gegenüber dem endgültig Berufenen darstellt. Hierüber herrscht Streit. Planck[3]) sagt, dass neben dem Besitz des nur vorläufigen Erben, der eine zur Erbschaft gehörige Sache in Besitz genommen hatte, für einen Besitz des nunmehr berufenen Erben kein Raum sei; dem letzteren Erben stünden daher auch keine Besitzansprüche gegen den zuerst berufenen zu[4]).

Dies scheint mir jedoch nicht zutreffend zu sein. M. E. hat Strohal[5]) recht, wenn er sagt:

> „Wenn schon die Vorschrift des § 857 zu Gunsten des wahren (endgültigen) Erben auch hier eingreift, so ist doch zugleich anzunehmen, dass diesem der ihm nach rückwärts hin für die Zeit vom Erbfall bis zur Besitzergreifung durch den vorläufigen Erben zuzuschreibende Besitz infolge der bezeichneten Besitzergreifung wieder entzogen worden war."

---

[1]) Ebenso Planck S. 42 und Erl. 1 zu § 1953; Staudinger-Kober S. 16 Erl. 2 zu § 857; Biermann S. 15. A. A. dagegen Binder S. 60.

[2]) Hierüber ist man sich jetzt in der Literatur einig.

[3]) Planck S. 42 Erl. 4 zu § 857.

[4]) Aehnlich auch Biermann S. 15.

[5]) Strohal, Erbrecht S. 70.

Demgemäss kann also auch der Besitz des vorläufigen Erben dem endgültigen gegenüber als verbotene Eigenmacht gelten, insofern freilich nur, als sich die vom vorläufigen Erben hinsichtlich der Nachlasssachen vorgenommenen Besitzveränderungen nicht als Massnahmen zur Fürsorge für den Nachlass darstellten (B.G.B. § 1959).

Aehnlich wie bei der Nachberufung eines Erben ist der § 857 auch bei der Erbeinsetzung eines nasciturus anzuwenden. § 1923 B.G.B. bestimmt nämlich, dass Erbe nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebte; wer zur Zeit des Erbfalls zwar noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren. Vermöge dieser Fiktion kann also auch ein nasciturus Erbe und infolgedessen gemäss § 857 auch Besitzer werden, d. h. wenn er lebend geboren wird, wird er Besitzer; und zwar gilt er vermöge § 1923 Abs. 2 nach rückwärts hin schon von dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers an als Besitzer. Die Folge hiervon ist, dass ihm, auch wegen einer während der Zeit vor der Geburt vorgekommenen Besitzstörung oder Besitzentziehung der possessorische Rechtsschutz zugute kommt[6]).

War dem nasciturus zur Wahrung seiner künftigen Rechte gemäss § 1912 oder dem Nachlass gemäss § 1960 ein Pfleger bestellt und war dem Pfleger bereits der unmittelbare Besitz der Nachlasssachen überantwortet worden, so vermittelt dieser Pfleger, falls der nasciturus lebend zur Welt kommt, für ihn von jetzt an den von ihm nach der gesetzlichen Fiktion bereits mit dem Erbfall erworbenen Besitz. Kommt der nasciturus dagegen tot zur Welt, so fällt die Erbschaft den nächstberufenen Erben an; und zwar gelten sie als Erben schon zur Zeit des Erbfalls, so dass also auch schon mit dem Tode des Erblassers der Besitz als auf sie übergegangen gilt. Sie können also auf Grund dieses früheren Besitzes von dem Pfleger des nasciturus, der im Besitze der Nachlasssachen ist, die Herausgabe der Sachen verlangen.

---

[6]) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 70.

§ 14.

6. Analoge Anwendung des § 857 beim Anfall des Vermögens eines Vereins oder einer Stiftung an den Fiskus.

Nach § 46 B.G.B. finden auf den Anfall des Vermögens eines Vereins, der die Rechtsfähigkeit eingebüsst hat, an den Fiskus die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichen Erben angefallene Erbschaft entsprechende Anwendung; ebenso auch nach § 88 B.G.B. beim Anfall des Vermögens einer erloschenen Stiftung. Daher wird in diesen Fällen auch der § 857 angewendet werden müssen, d. h. mit dem Vermögen des Vereins oder der Stiftung geht auch der Besitz, der dem Verein oder der Stiftung bisher zugekommen war, auf den Fiskus als Erben über.

§ 15.

7. Die Bedeutungslosigkeit des § 857 für das Strafrecht.

Im Sinne des Strafrechts begründet der § 857 nicht Besitz oder Gewahrsam für den Erben. Ebenso wie die andern besitzrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf das strafrechtliche Gebiet, insbesondere bei den Deliktsarten Diebstahl und Unterschlagung, ohne Einfluss sind, so ist es auch der § 857. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht,[1]) indem es ausgeführt hat:

„Entwendungen aus einer Erbschaft sind nur als Diebstahl zu betrachten, wenn die Erbschaftssachen in der tatsächlichen Gewalt einer Person und zwar einer anderen als des Täters stehen. Ohne Bedeutung hierfür ist es, dass der § 857 B.G.B. bestimmt, der Besitz gehe auf den Erben über; denn § 242 St.G.B. will nicht ein im bürgerlichen Recht anerkanntes Rechtsverhältnis

[1]) Siehe R.G.Entsch. in Strafs. Bd. 34 S. 254.

schützen, sondern er setzt nur voraus, dass sich die Sache im tatsächlichen Gewahrsam einer Person befinde, d. h. in einem Zustand, vermöge dessen die Person die physische Möglichkeit besitzt, über die Sache mit Ausschliessung anderer zu verfügen. Gleichwie bei dieser in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Bestimmung des Begriffs des Gewahrsams die bürgerlich rechtlichen Normen der früheren Landesrechte nicht ausschlaggebend waren —

> Entsch. d. R.G. in St.S. Bd. 5 S. 42, 218 f., insbes. 219 S. 222 f., insbes. 223 Bd. 29 S. 209, Bd. 30 S. 88 f., insbes. 89,

so kann es auch jetzt die Vorschrift des § 857 B.G.B. nicht sein."

Auch die grosse Mehrzahl der Schriftsteller teilt diesen Standpunkt, dass Begriffe des Strafrechts wie Besitz und Gewahrsam nicht vom zivilistischen Standpunkt aus beurteilt werden dürfen, was wohl freilich nur im Falle des Besitzdieners ernstlich in Frage käme; denn dass der ererbte Besitz kein Gewahrsam ist, wird kaum bezweifelt werden können. Die widerrechtliche Wegnahme von Sachen aus einem Nachlass wird daher dem Erben gegenüber als Diebstahl nur dann aufzufassen sein, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Erbschaftssachen nach § 854 Abs. 2 bereits ergriffen hatte, dagegen nicht, wenn er den Besitz daran nur auf Grund des § 857 B.G.B. überkommen hatte.[2])

---

[2]) Ebenso von den Zivilrechtlern: Planck S. 42; Biermann S. 15; Staudinger-Kober S. 6. Anderer Ansicht u. a. Endemann S. 204 Anm. 22. Ebenso von den Strafrechtlern: Olshausen, Bem. 17c zu § 242 S. 875; Franck, Bem. IV zu § 242; Lobe S. 26ff.; Binding I S. 244 Bem. c. A. A. Finger, Kritische Vierteljahrsschrift 44 S. 592.

§ 16.

8. Die Folgen des § 857.

a) Fortsetzung der vom Erblasser begonnenen Ersitzung.

Der nach § 857 sich vollziehende Erwerb des Besitzes seitens des Erben ist als solcher nur ein derivativer, d. h. durch die Universalsukzession in die Rechte des Erblassers geht der Besitz, so wie er in der Person des Erblassers bestanden hatte, auf den Erben über. Hatte also der Erblasser an einer Sache Ersitzungsbesitz, d. h. besass er eine Sache gutgläubig im Eigenbesitz, so geht dieser Ersitzungsbesitz auf den Erben über, so dass die während des Besitzes des Erblassers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten kommt. Im Hinblick auf § 857 B.G.B. bedarf es also für den Erben einer besonderen Vorschrift, dass er sich die, während der Besitzzeit seines Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit anrechnen könne — wie dies im § 943 für die andern Rechtsnachfolger bestimmt ist — nicht mehr.[1])

---

[1]) Freilich ist streitig, ob das Zustattenkommen der Ersitzungszeit des Erblassers für den Erben auf § 857 oder 943 B.G.B. beruht. Der hier vertretenen Meinung, dass eine Sukzession des Erben in den Ersitzungsbesitz des Erblassers vorliegt, dass also der Erbe in seiner Person die Erfordernisse der Ersitzung nicht mehr neu zu begründen brauche, ist u. a. Strohal, Erbrecht S. 77; Dernburg, Sachenrecht S. 316 § 106, 3a; Binder S. 40ff; Staudinger-Kober S. 202 Anm. 6 zu § 943. Der Ansicht dagegen, dass auch auf den Erben der § 943 anzuwenden sei, dass also auch beim Ersitzungsbesitz des Erben nicht successio usucapionis sondern eine accessio possessionis vorliege, huldigen u. a. Planck S. 244 Anm. 2 zu § 943; Biermann S. 153 Anm. 1 zu 943. Eine praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung z. B. dann, wenn der Erbe beim Besitzerwerb sein Nichteigentum zwar nicht kennt, sein Nichtkennen aber auf grober Fahrlässigkeit beruht. Nach der hier vertretenen Meinung würde die Ersitzung in diesem Falle auch für den Erben weiter laufen, da nur gemäss § 937 Abs. 2 die positive Kenntnis des Erben, dass ihm das Eigentum nicht zusteht, die Ersitzung ausschliessen würde. Folgt man dagegen der Ansicht Plancks und Biermanns, so könnte der Erbe die Ersitzung in diesem Falle nicht mehr vollenden, da er sie hier von neuem beginnen muss — unter Anrechnung zwar der Ersitzungszeit seines Rechtsvorgängers. — Hierzu ist er aber, da er nicht gutgläubig ist, nicht im Stande. (Vgl. Biermann S. 153).

Befindet sich der Erbe hinsichtlich einer Sache, die der Erblasser als fremde besass, an der er also keinen Ersitzungsbesitz hatte, bei dem Besitzerwerbe seinerseits in gutem Glauben, so kann er an dieser Sache, da es ja zur Ersitzung eines Titels nicht bedarf, jetzt einen neuen Ersitzungsbesitz beginnen,[2]) und zwar kommt es auf seinen guten Glauben an zu der Zeit, wo er von dem Besitzerwerbe Kenntnis erlangt. Der Erbe beginnt hier eine neue Ersitzung, so dass ihm in diesem Falle die Besitzzeit des Erblassers — der ja auch keinen Ersitzungsbesitz hatte — nicht zustatten kommen kann.

Ergreift ein Dritter Besitz von einer zum Nachlass gehörenden Sache, so wird die vom Erben fortgesetzte Ersitzung unterbrochen. Die Unterbrechung gilt jedoch als nicht erfolgt, wenn der Erbe den Eigenbesitz binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat (§ 940 B.G.B.). Hatte der Dritte jedoch sich die Sache als Erbschaftsbesitzer angeeignet, so tritt für den Erben keine Unterbrechung der Ersitzung ein, sondern die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten. Gleichgültig dabei ist, ob der Erbschaftsbesitzer hinsichtlich seines Erbrechts in gutem oder bösem Glauben war, wenn er nur die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlass in gutem Glauben angenommen hatte.[3])

Dasselbe, was für die Ersitzung gilt, kommt auch für die hinsichtlich des Besitzes des Erblassers in Ansehung eines dinglichen Anspruchs verstrichene Verjährungszeit zur Anwendung (§ 221 B.G.B.).

---

[2]) Dies ist jetzt die herrschende Ansicht. Vgl. u. a. Strohal S. 78; Biermann S. 153; Planck S. 244; A. A. Dernburg, Bd. 3 § 106, 3 S. 316.

[3]) Letzteres ist jedoch streitig. Dafür u. a. Cosack, II § 209 Ziff. 5; Endemann § 83 Anm. 19 S. 540; Dernburg § 106 Anm. 14; Staudinger-Kober S. 202; a. A. Planck Anm. 1 zu § 944 S. 245; Biermann S. 202.

§ 17.

b) Der Rechtsschutz des Besitzes des Erben.

Eine der praktisch wichtigsten Folgen der Vorschrift des § 857 ist es, dass dem Erben eines Besitzers, auch wenn er die tatsächliche Gewalt über die Nachlassgegenstände noch nicht erlangt hat, von der Rechtsordnung der possessorische Rechtsschutz gegen eigenmächtige Eingriffe Dritter in den Nachlass gewährt wird. Damit ist, wie die Denkschrift[1]) sagt, die Rechtssicherheit nach dem Tode des Besitzers gewährleistet, und es bedurfte keiner Sonderbestimmungen, um den Nachlass, bevor der Erbe den Besitz der Nachlasssachen ergreift, gegen Eingriffe Dritter sicher zu stellen. So steht dem Erben das Selbsthülferecht des § 859 B.G.B. zu, und zwar darf er sowohl defensive wie offensive Selbsthülfe üben. Er kann daher einmal, wenn gegen den Nachlass verbotene Eigenmacht verübt wird, sich diesem Eingriffe mit Gewalt erwehren (§ 859 Abs. 1); ferner kann er auch, wenn eine bewegliche Sache aus dem Nachlass fortgenommen wird, sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter wieder abnehmen (§ 859 Abs. 2). Setzt sich ein anderer in den Besitz eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks, so darf der Erbe auch sofort nach der Begehung dieser verbotenen Eigenmacht sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen (§ 859 Abs. 3).

Gemäss §§ 861, 862 in Verbindung mit 857 kann aber der Erbe auch aus eigenem Recht die Besitzansprüche wegen Entziehung und Störung gegen den Dritten, der sich den Besitz von Nachlasssachen angemasst hat, gerichtlich verfolgen; er braucht also nicht erst mit dem Erbschaftsanspruch vorzugehen und es hemmt ihn auch kein Einwand des Gegners zum Besitz; für diesen Gegenanspruch geniesst der Erbe vielmehr die Vorteile der Beklagtenrolle.[2])

---

[1]) Siehe Denkschrift z. B.G.B. S. 107.

[2]) Der Erbe kann auch wegen einer bei Lebzeiten des Erblassers begangenen Besitzentziehung innerhalb eines Jahres seit dieser Entziehung den

Dem Erben kann aber von dem Dritten die exceptio vitiosae possessionis entgegengestellt werden; dies dann, wenn der Erblasser den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hatte. Diese Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers muss der Erbe gegen sich gelten lassen, ohne Rücksicht auf seine Kenntnis hiervon.[3]) Infolgedessen muss auch der Besitz des Erben dem Dritten gegenüber als durch verbotene Eigenmacht erlangt angesehen werden, und der Anspruch des Erben auf Wiedereinräumung des Besitzes ist ausgeschlossen, wenn die vom Dritten gegen den Erben und die vom Erblasser gegen den Dritten verübten Besitzentziehungen nicht mehr wie ein Jahr auseinanderliegen (§ 861 Abs. 2).

Ebenso kann auch dem Erben, wenn er wegen einer Besitzstörung klagt, der Einwand des fehlerhaften Besitzes gemacht werden, wenn der Erblasser den Besitz in dem letzten Jahre vor der fraglichen Störung durch verbotene Eigenmacht erlangt hatte.

Hat der Dritte, der sich den Besitz von Erbschaftssachen angemasst hat, diese weiter veräussert, so kann der Erbe die Herausgabe der Sachen auch von dem gutgläubigen Erwerber verlangen, da in der Besitzergreifung einer Erbschaftssache auch durch den vermeintlichen Erben ein „Abhandengekommensein“ der Sache für den wirklichen Erben liegt.[4]) (§ 935 B.G.B.)

Die aus den §§ 861, 862 für den Erben sich ergebenden Ansprüche unterliegen einer Ausschlussfrist von einem Jahr (§ 864). Es bleibt aber nach Ablauf dieser Frist dem Erben noch der petitorische Anspruch aus

---

Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 861 Abs. 1 geltend machen. Es ist dies dann aber nicht die Folge von § 857, da der Erblasser doch zur Zeit seines Todes gar keinen Besitz mehr hatte, mithin auch kein Besitz auf den Erben übergehen konnte, sondern die Vererbung des hier fraglichen Anspruchs folgt aus § 1922 Abs. 1, da dieser Anspruch doch zum Vermögen des Erblassers gehört. Dass der Erbe wegen einer bei Lebzeiten seines Erblassers begangenen Besitzstörung klagen kann, folgt sowohl aus § 857 wie § 1922.

[3]) Es ist dies einmal die Folge von § 857, dann aber auch noch ausdrücklich in § 858 Abs. 2 bestimmt.

[4]) Siehe Staudinger-Kober S. 191 Anm. I 26.

früherem Besitz gemäss § 1007 B.G.B. Mit dieser Klage kann er, gestützt auf seinen nach § 857 früher erlangten Besitz, von demjenigen, der beim Erwerbe des Besitzes einer Erbschaftssache nicht in gutem Glauben war, die Herausgabe der Sache verlangen. Er kann dies aber nur dann tun, wenn der Erblasser beim Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben war, dann freilich auch selbst dann, wenn ihm — dem Erben — zurzeit des Erbfalls der gute Glaube fehlte. Im umgekehrten Falle dagegen, d. h. wenn dem Erblasser beim Erwerbe des Besitzes der gute Glaube fehlte, ist der Anspruch aus § 1007 gemäss Abs. 3 dieses Paragraphen ausgeschlossen, und zwar selbst auch dann, wenn der Erbe zurzeit des erblichen Ueberganges des Besitzes auf ihn im guten Glauben war.[5])

Auch einen Anspruch auf Schadensersatz hat der Erbe wegen einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Verletzung des nach § 857 auf ihn übergegangenen Besitzes. Denn wenn auch der Besitz nicht ausdrücklich im § 823 B.G.B. erwähnt ist, so wird man ihn doch unter die „sonstigen Rechte“ rechnen müssen,[6]) deren Verletzung eine Schadensersatzpfiicht zur Folge hat.

Eigentümlich gestaltet sich die Schadensersatzpflicht eines Erbschaftsbesitzers. Nach § 2025 haftet ein Erbschaftsbesitzer, der einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, dem Erben nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§ 823); ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer haftet jedoch nicht, wenn der Erbe den Besitz nur nach § 857 erlangt hatte, also die Erbschaftssachen noch nicht in seiner tatsächlichen Gewalt hatte; er haftet aber auch, wenn der Erbe den Besitz der Sachen bereits tatsächlich ergriffen hatte.

Wer die im § 857 anerkannte Rechtsstellung vor Gericht für sich geltend macht, muss erforderlichenfalls

---

[5]) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 78.

[6]) Siehe § 7 a. E.

beweisen, dass der Erblasser Besitzer war und dass ihm die Erbschaft angefallen ist. Diesen letzteren Beweis zu erbringen, wird unter Umständen ziemlich schwierig sein. Doch erleichtert das B.G.B. die Führung dieses Beweises wesentlich dadurch, dass es in den Vorschriften über den Erbschein (§ 2365) die praesumptio iuris aufstellt, dass dem im Erbschein bezeichneten Erben das im Erbschein bezeichnete Erbrecht auch wirklich zusteht.

§ 18.

c) Der Erbbesitz als Voraussetzung gegen den Erben gerichteter Ansprüche.

War der Besitz des Erblassers durch verbotene Eigenmacht erlangt, so ist auch der Besitz des Erben fehlerhaft, und derjenige, dem der Erblasser den Besitz ohne seinen Willen entzogen hatte, kann daher nach § 861 B.G.B. gegen den Erben auf Wiedereinräumung des Besitzes klagen. Natürlich kann auch der Erbe hier dem Kläger die exceptio vitiosae possessionis entgegensetzen, wenn der Besitz des Klägers wiederum dem Erblasser gegenüber fehlerhaft und in dem letzten Jahr vor der Entziehung erlangt war[1]).

Auch die Eigentumsklage des § 985 B.G.B., mit der der Eigentümer eine nicht zum Nachlass gehörende Sache verlangen kann, wird man gegen den Erben auch dann gegeben sein lassen, wenn er den Besitz an dieser Sache noch nicht tatsächlich ergriffen, sondern nur nach § 857 erlangt hatte.

Ebenso wird auch gegen den noch nicht tatsächlich besitzenden Erben der Abholungsanspruch des § 867 bzw. 1005 gegeben sein, wenn eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein zum Nachlass gehörendes Grundstück gelangt ist. Der Erbe tritt auch unmittelbar in die aus

---

[1]) Dass auch gegen den Erben wegen einer vom Erblasser gegangenen Besitzstörung auf Beseitigung der Störung geklagt werden kann, ergibt sich aus den allgemeinen Erbrechtsgrundsätzen.

dem Besitzstande des Erblassers sich ergebende Haftung ein, auch wenn der Besitz nur auf Grund des § 857 auf ihn übergegangen ist. So wird der Erbe z. B. gemäss §§ 836, 837 B.G.B. für den Einsturz eines Gebäudes auf einem Grundstücke, das der Erblasser in Besitz hatte, haften; ja man wird ihn sogar, wenn man der Ansicht des Reichsgerichts[2]) folgt, gemäss § 833 als Tierhalter haften lassen für den Schaden, den ein Tier, das der Erblasser besass, angerichtet hat.

Dagegen wird man nicht annehmen können, dass der Erbe auch haftet auf Grund strafrechtlicher Gesetzesbestimmungen für den nach § 857 auf ihn übergegangenen Besitz seines Erblassers; so z. B. wegen des Besitzes von Sprengstoffen aus dem Dynamitgesetz[3]). Denn die vom Gesetz erforderte rechtswidrige Absicht des Besitzes wird man beim Erben nicht voraussetzen können, solange er jene Stoffe nicht tatsächlich wissentlich in Besitz genommen hat[4]).

§ 19.

9. Uebergangsvorschriften.

Ist der Erblasser vor dem Jahre 1900 verstorben, hat der Erbe aber auch nach dem 1. Januar 1900 den Besitz von Nachlassgegenständen noch nicht tatsächlich ergriffen, so ensteht die Frage, ob der Erbe mit dem Inkrafttreten des B.G.B. infolge der Vorschrift des § 857 den Besitz dieser Nachlassgegenstände erlangt hat, wenn das vordem geltend gewesene Recht einen solchen Uebergang des Besitzes auf den Erben kraft Gesetzes nicht kannte. Art. 180 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. bestimmt, dass auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehendes Besitzverhältnis von dieser Zeit

---

[2]) Vgl. Entsch. d. R. in Ziv. S. 52, 118, 55, 163, 62, 79 ff.

[3]) Vgl. Dynamitgesetz vom 9. 6. 1884 §§ 8 u. 9.

[4]) Vgl. hierüber ausführlich Finger, Krit. Vierteljahrsschr. 44 S. 593 Anm. 1.

an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden sollen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Artikels ist also, dass nach dem bisherigen Recht bereits ein Besitzverhältnis bestand. Ist z. B. für einen vor dem Jahre 1900 erfolgten Erbfall das gemeine Recht geltend gewesen und hat der Erbe den Besitz von Nachlasssachen noch nicht tatsächlich ergriffen, so hat er an diesen Nachlasssachen noch keinen Besitz. Beim Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht also noch kein Besitzverhältnis, infolgedessen kann sich ein solcher Erbe nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht auf die Vorschrift des § 857 berufen.[1])

---

[1]) Ebenso Endemann, Sachenrecht S. 243 Anm. 31; Staudinger Bd. VI, Einf.G. z. B.G.B. 1906, Erl. zu Art. 180. Andere, wie Habicht § 38 S. 344 Anm. 1; Niedner Art. 180 Bem. 1; Planck, Einf.G. z. B.G.B. Art. 213 Bem. 2b; Biermann, Sachenrecht S. 16, wollen hier, da § 857 eine rein erbrechtliche Vorschrift sei, Art. 218 anwenden, wonach auch die bisherigen Gesetze massgebend bleiben.